



Instituto de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais  
Curso de Direito  
Coordenação de Monografia e Pesquisa

---

**ANDRÉ RICARDO MONCAIO ZANON**

**APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA E  
DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA AOS DANOS MORAIS**

**BRASÍLIA**

**2010**

**ANDRÉ RICARDO MONCAIO ZANON**

**APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA E  
DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA AOS DANOS MORAIS**

Monografia apresentada como requisito para a  
aquisição do curso de bacharelado de Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marlon Tomazette.

**BRASÍLIA**

**2010**

Agradeço a Deus, meus pais (Carla Bianca e José Alexandre), meu orientador (Marlon Tomazette), minha família, minha namorada (Flávia Maria) e demais pessoas que contribuíram com meus estudos e desenvolvimento.

*“Na vida, não vale tanto o que temos, nem tanto importa o que somos. Vale o que realizamos com aquilo que possuímos e, acima de tudo, importa o que fazemos de nós!”*

Chico Xavier

## RESUMO

Hoje, existe um problema na quantificação do dano moral, visto que diversas vezes as indenizações aplicadas não cumprem a função de desestimular a prática de novos atos ilícitos e geram uma sensação de impunidade. A presente monografia tem o objetivo de observar a aplicação da função punitiva e da indenização punitiva aos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, pois as duas podem ser utilizadas para impedir que esta situação ocorra. Para tanto, foi realizada uma pesquisa dogmático-instrumental, onde foram examinadas posições doutrinárias, normativas e jurisprudências que tratam sobre o tema em questão. Primeiro, foi realizada uma pesquisa onde foram coletadas informações teóricas sobre a responsabilidade civil, o dano moral, as funções do dano moral e a indenização punitiva. Ao final, foram analisados acórdãos que abordassem a função punitiva e a indenização punitiva, constando-se que a primeira é reconhecida e utilizada para fundamentar o valor das indenizações por danos morais aplicadas pelos Tribunais deste país, mas o mesmo não ocorre com a segunda.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Dano moral. Funções do dano moral. Função punitiva. Indenização punitiva. Desestímulo.

## **ABSTRACT**

Nowadays, there is a problem in quantifying the moral damage, since many times the indemnity applied do not accomplish the function of discouraging the practice of new torts and generate a sense of impunity. This monograph aims to observe the implementation of punitive function and punitive damages to Brazilian legal system, since both can be used to prevent this situation from occurring. For this porpoise, was conducted a dogmatic-instrumental search, where doctrinal, jurisprudences and normative positions that deal with this subject were examined. First, a survey where were collected theoretical information on liability, moral damages, functions of moral damages and punitive damages was conducted. Finishing, judgments that have addressed the punitive function and punitive damages were analyzed, finding that the first one is recognized and used to substantiate the value of moral damages compensation applied by the courts of this country, but it does not occur with the second one.

**Keywords:** Liability. Moral damage. Functions of moral damage. Punitive function. Punitive damages. Disincentive.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO.....   | 7  |
| 1 RESPONSABILIDADE CIVIL .....  | 9  |
| 1.1 Conceito de responsabilidade civil .....                                    | 9  |
| 1.2 Responsabilidade contratual e extracontratual.....                          | 10 |
| 1.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva .....                                 | 12 |
| 1.4 Pressupostos da responsabilidade civil .....                                | 14 |
| 1.4.1 Culpa .....   | 15 |
| 1.4.2 Nexo de causalidade.....  | 16 |
| 1.1.3 Dano .....  | 18 |
| 1.4.4 Culpa .....   | 19 |
| 2 DANO MORAL .....  | 21 |
| 2.1 Breve Histórico do dano moral no Brasil .....                               | 21 |
| 2.2 Conceito de dano moral .....  | 22 |
| 2.3 Reparação do dano moral.....  | 25 |
| 2.4 Quantificação do dano moral .....   | 26 |
| 2.4.1 Tarifação .....   | 27 |
| 2.4.2 Arbitramento .....  | 28 |
| 2.5 Critérios para o arbitramento do dano moral .....                           | 29 |
| 3 FUNÇÕES DO DANO MORAL E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA .....                          | 34 |
| 3.1 Função compensatória .....  | 34 |
| 3.2 Função preventiva.....  | 35 |
| 3.3 Função punitiva.....  | 36 |
| 3.4 Punitive damages (Indenização punitiva) .....                               | 37 |
| 3.4.1 Critérios para a aplicação da indenização punitiva .....                  | 40 |
| 3.4.2 Argumentos contra a indenização punitiva .....                            | 41 |
| 3.4.2.1 A indenização não pode ser pena .....                                   | 42 |
| 3.4.2.2 A indenização punitiva não está prevista em lei .....                   | 43 |
| 3.4.2.3 Enriquecimento sem causa da vítima .....                                | 44 |
| 3.5 Formas alternativas de desestimular o ofensor a praticar atos ilícitos..... | 45 |
| 3.6 Projetos de Lei que abordam a função punitiva.....                          | 46 |
| 3.7 Casos em que a função punitiva é reconhecida pelos Tribunais.....           | 50 |
| CONCLUSÃO.....  | 60 |
| REFERÊNCIAS .....   | 64 |

## INTRODUÇÃO

O dano moral é um tema que sempre despertou grande interesse no Direito Civil, sendo que a impossibilidade de mensurá-lo não é óbice para que ocorra sua reparação. Porém, até a criação da Constituição Federal de 1988, a não reparação do dano moral era regra no ordenamento jurídico brasileiro, havendo exceções em leis esparsas.

Hoje, um dos maiores problemas que dizem respeito ao dano moral é sua quantificação. Existe a necessidade de fixar valores de indenizações que, além de compensar a vítima, realmente desestimulem a prática de novos atos ilícitos pelo ofensor e demais pessoas, gerando o bem-estar da sociedade.

Porém, deve haver o cuidado de impedir a formação da chamada “indústria dos danos morais”, onde ocorre um extenso número de indenizações aplicadas sem o efetivo dano à vítima ou são aplicadas indenizações com valores desproporcionais ao dano sofrido, gerando um enriquecimento sem causa da vítima.

Dentre os meios utilizados para solucionar o problema da valoração do dano moral, este trabalho irá tratar da função punitiva do dano moral e da indenização punitiva, que podem ser utilizados pelo julgador para fundamentar sua decisão e chegar a uma indenização capaz de cumprir os objetivos de punir o ofensor e desestimular a prática de novos atos ilícitos. Vale lembrar que a indenização punitiva tem a função de punir o ofensor, mas não abarca todas as aplicações da função punitiva.

O tema ora explorado reveste-se de certa relevância social, política e acadêmica, dado existir dúvida quanto à aplicação da função punitiva e da indenização punitiva aos danos morais. A importância social do assunto está em procurar alternativas além da indenização meramente compensatória dos danos morais, pois esta muitas vezes não cumpre o papel de desestimular a prática de novos atos ilícitos, devendo haver uma punição ao ofensor para que novos danos não ocorram na sociedade.

Para aventar esta questão, este trabalho, em seu primeiro capítulo, irá tratar da responsabilidade civil, pois ela é utilizada no ordenamento jurídico com reposta ao dano



moral, determinando o dever ao ofensor de reparar o dano sofrido pela vítima. Serão abordados seu conceito, tipos e pressupostos.

O segundo capítulo tratará especificamente do dano moral, com o objetivo de explanar seu conceito, histórico, forma de reparação e quantificação para, então, demonstrar quais são os principais critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência no momento da valoração da reparação do dano moral, com o fim de evitar indenizações com valores irrisórios ou exorbitantes e a discrepância nos julgamentos.

O último capítulo abordará as funções compensatória, preventiva e punitiva do dano moral. Em especial, examinar-se-á a função punitiva do dano moral que, apesar das divergências doutrinárias e de várias críticas, é admitida tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira, sendo constantemente utilizada para fundamentar sentenças.

Também neste capítulo, será estudado um instituto que vem conquistando seguidores no Direito brasileiro: a indenização punitiva. Esta forma de indenização fundamenta-se nos *punitive damages* aplicados no direito norte-americano e surge como resposta à prática de atos ilícitos que não são desestimulados com a simples reparação danos morais.

Por fim, esta pesquisa, com base nas informações teóricas coletadas, buscará observar se ocorre a aplicação da função punitiva e da indenização punitiva aos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, através da análise de julgados dos Tribunais.

O método de pesquisa utilizado neste trabalho será o dogmático-instrumental, com uma perspectiva dedutiva, de modo que serão examinadas posições doutrinárias, normativas e jurisprudências que tratam sobre seu tema.

Esta é, portanto, a motivação deste trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito do UniCEUB e os meios que serão utilizados na tentativa de responder ao problema de pesquisa, e oferecer uma pequena contribuição para o universo acadêmico.

# 1 RESPONSABILIDADE CIVIL

## 1.1 Conceito de responsabilidade civil

A palavra responsabilidade tem origem no vocábulo latim "*re-spondere*", que significa a ideia de segurança ou garantia de restituição ou compensação do bem sacrificado. Portanto, significa a recomposição, no sentido de obrigação de restituir ou ressarcir.

Então, a partir desta definição, pode chegar ao sentido jurídico da responsabilidade civil, que de acordo com Cavalieri Filho é o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico, ou seja, é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.<sup>1</sup>

Segundo Gagliano e Pamplona Filho, “a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas.”<sup>2</sup>

Já Stoco, após a análise dos conceitos de vários autores, resume a responsabilidade civil da seguinte forma:

Se resumir for possível, pode-se dizer que a responsabilidade civil traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expreso na lei.<sup>3</sup>

Deve-se lembrar que a responsabilidade é diferente da obrigação propriamente dita. A obrigação é um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. Porém, pode existir uma sem a outra, um exemplo de obrigação sem responsabilidade são as dívidas

---

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

<sup>2</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 9.

<sup>3</sup> STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2004, p. 121.

prescritas e as de jogo, já a fiança é um caso de responsabilidade, mas o fiador não tem a obrigação.<sup>4</sup>

O objetivo da responsabilidade civil é restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico existente entre quem deu causa ao ato lesivo e a vítima deste ato, conforme destaca Cavalieri Filho:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentido de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Daños, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte os restos dos prejuízos não indenizados.<sup>5</sup>

O prejuízo que gera o dever de responsabilizar pode ocorrer na esfera patrimonial, gerando danos materiais, ou extrapatrimonial, gerando danos morais. Assim, os danos morais podem ser definidos como “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”<sup>6</sup>

Vale lembrar que existem casos onde pessoas jurídicas também podem ser compensadas por danos morais. No presente estudo, será dada uma maior atenção aos danos morais, sendo que os danos materiais serão tratados superficialmente.

## 1.2 Responsabilidade contratual e extracontratual

A depender da natureza da norma jurídica violada pelo agente causador do dano, a responsabilidade civil pode ser subdividida em contratual ou extracontratual. Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator, ocorre a responsabilidade extracontratual. Por outro lado, se entre as

---

<sup>4</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 21.

<sup>5</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26.

<sup>6</sup> Melo, Wilson *apud* SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 36.

partes envolvidas já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação, ocorre a responsabilidade contratual.<sup>7</sup>

Desta forma, quando o dever, passível de violação, tem como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente (um dever oriundo de um contrato), ocorre a responsabilidade contratual. Em contrapartida, se o dever tem por causa geradora uma obrigação imposta por preceito geral de direito, ou pela própria lei, ocorre a responsabilidade extracontratual.<sup>8</sup>

Existem diferenças básicas entre estes dois tipos de responsabilidade: o ônus da prova quanto à culpa; as fontes que as promanam; e a capacidade do agente causador do dano.

Na responsabilidade contratual, o autor não precisa demonstrar culpa do réu, apenas deve demonstrar que a obrigação foi descumprida, cabendo ao réu provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei para afastar sua responsabilidade. Já na responsabilidade extracontratual, o autor da ação tem o ônus de provar que o fato gerador do dano se deu por culpa do réu.<sup>9</sup>

Vale ressaltar que no caso da responsabilidade objetiva, é preciso apenas demonstrar o nexo de causalidade e o dano, não existindo o elemento subjetivo culpa, diferentemente da responsabilidade subjetiva contratual ou extracontratual, sendo que na primeira a culpa é presumida e na outra deve ser demonstrada.

Com respeito às fontes que as promanam, a contratual tem sua origem na convenção, já a extracontratual tem na inobservância do dever jurídico de não lesar, estatuído no art. 186 do CC.<sup>10</sup>

Por fim, a capacidade do agente causador do dano sofre limitações no terreno da responsabilidade contratual, sendo mais ampla na extracontratual. É exigido pela legislação que o agente seja capaz para celebrar um contrato, e consequentemente, ter uma responsabilidade contratual. Já no caso da responsabilidade extracontratual, o ato de um incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que são legalmente responsáveis, havendo

---

<sup>7</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 17.

<sup>8</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 38.

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 27.

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 28.

ainda a hipótese no CC em que o incapaz irá responder pelos prejuízos que causar se as pessoas por ele responsáveis não dispuserem de meios suficientes.<sup>11</sup>

Há quem conteste a divisão da responsabilidade em contratual e extracontratual, são os adeptos da tese unitária ou monista, que entendem pouco importar os aspectos sob os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, pois uniformes são seus efeitos.<sup>12</sup>

Contudo, nos códigos de diversos países, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista. Há códigos que submetem a um regime uniforme os aspectos comuns das duas responsabilidades, ficando fora da regulamentação unitária os aspectos específicos de cada uma das variantes, pois existem aspectos privativos das duas responsabilidades que exigem regulamento.<sup>13</sup>

No Código Civil brasileiro, a responsabilidade contratual contém regras específicas nos Arts. 389 e seguintes e 395 e seguintes, já a responsabilidade extracontratual contém nos arts. 186 a 188 e 927 e seguintes.

### 1.3 Responsabilidade objetiva e subjetiva

Via de regra, a responsabilidade civil deve ser fundamentada na culpa. Porém, há casos em que não é necessário demonstrar a culpa do réu para que ele seja responsabilizado, bastando provar o nexo de causalidade e o dano. A responsabilidade é subjetiva quando ela exige-se o elemento culpa (em sentido amplo) para ser caracterizada, já ela é objetiva quando independe da culpa do agente para ser caracterizada.

A culpa em sentido amplo ocorre quando o autor do dano age com dolo ou culpa em sentido estrito (negligência, imperícia ou imprudência) e será estudada mais detalhadamente no subitem 1.4.4 deste trabalho.

Na responsabilidade subjetiva, a vítima só poderá ser ressarcida do dano que lhe foi causado se provar que o agente agiu com dolo ou culpa, pois a culpa em sentido amplo é um de seus pressupostos.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 28.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 26.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 27.

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 21

Entretanto, a lei impõe a determinadas pessoas, diante de certos casos, a responsabilidade objetiva, em que há reparação de um dano cometido sem dolo ou culpa, pois tal responsabilidade se satisfaz apenas com dano e o nexo de causalidade, já que a culpa é presumida por lei ou de toda prescindível.<sup>15</sup>

O ilícito é o fato gerador na responsabilidade subjetiva, de modo que o imputado, por ter se afastado do conceito do homem médio, deverá ressarcir o prejuízo, se a vítima provar que houve dolo ou culpa no seu ato. Já na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal.<sup>16</sup>

Na responsabilidade objetiva, o agente deverá ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção.<sup>17</sup> Assim, o autor da ação judicial só precisa provar o nexo de causalidade e o dano gerado pela conduta do réu. Este que, por sua vez, se não comprovar alguma excludente de culpa, deverá reparar o dano causado.

A teoria do risco é uma das teorias que justificam a responsabilidade objetiva, que se baseia no simples fato de uma pessoa exercer atividade que cria risco de dano para terceiros, gerando a obrigação de reparação do dano causado, independente de ter o agente praticado a conduta com ou sem culpa.<sup>18</sup>

A responsabilidade fundada no risco consiste na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.<sup>19</sup>

É preciso deixar bem claro que o perigo deve resultar do exercício da atividade e não do comportamento do agente. Assim, aquele que desenvolve atividade lícita

---

<sup>15</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 21.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 55.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 52.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 27.

<sup>19</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 53.

que possa gerar perigo para outrem deverá responder pelo risco, exonerando-se o lesado da prova da culpa do lesante.<sup>20</sup>

No caso da responsabilidade do Estado, ele e os prestadores de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, em face do disposto no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Tal construção teórica é, em última análise, uma consequência do princípio da isonomia, posto que, se toda a sociedade se beneficia das vantagens da atuação do Estado, não seria admissível que somente alguns arcassem com os danos decorrentes dessa atuação.<sup>21</sup>

O Código Civil brasileiro apresenta possibilidades em que se aplicam a responsabilidade subjetiva ou a objetiva, sendo que Gagliano e Pamplona Filho apontam que o legislador manteve a culpa como fundamento da responsabilidade:

O Código Civil brasileiro, malgrado regule um grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, filiou-se como regra à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art. 186 do CC, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano.<sup>22</sup>

A responsabilidade objetiva está prevista nos artigos 927, 929, 930, 933, 936, 937 e 938 do Código Civil e em leis esparsas, como o CDC, sendo que “a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites.”<sup>23</sup>

#### 1.4 Pressupostos da responsabilidade civil

Conforme Carlos Roberto Gonçalves, a partir da análise do artigo 186 do Código Civil, é possível observar os quatro elementos, ou pressupostos, da responsabilidade civil: ação ou omissão (conduta); culpa ou dolo do agente, nexo de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.<sup>24</sup>

Contudo, na opinião de Gagliano e Pamplona Filho, a culpa em sentido amplo não é pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código Civil,

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 52.

<sup>21</sup> FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Da responsabilidade civil do estado por omissões**. Disponível no sítio <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2247>. Acessado no dia 17/06/2010.

<sup>22</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 50.

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 51.

<sup>24</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 31.

considerando a existência da responsabilidade objetiva, que prescinde desse elemento subjetivo para sua configuração.<sup>25</sup>

Assim, apesar da culpa não estar presente em todos os tipos de responsabilidade, ela é um elemento de extrema importância, e será estudada neste trabalho.

#### *1.4.1 Conduta*

A conduta que gera a responsabilidade civil é a conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo. Assim, a ação ou omissão humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil.<sup>26</sup>

A forma mais usual de exteriorização da conduta é a ação; fora do campo contratual, o indivíduo deve-se privar de cometer atos que geram lesões aos demais. Já a omissão é caracterizada em uma inatividade, uma recusa voluntária de praticar determinado ato. Em suma só pode ser responsabilizado por omissão, aquele que tiver o dever jurídico de agir.<sup>27</sup>

O núcleo fundamental da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz. Deve-se lembrar que esta voluntariedade não traduz necessariamente na intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, na consciência daquilo que se está fazendo.<sup>28</sup>

A ilicitude da conduta humana nem sempre é necessária, sendo possível o agente atuar lícitamente e ter que indenizar, como no caso da passagem forçada do art. 1285 do Código Civil.<sup>29</sup>

É importante verificar que a responsabilidade civil pode acontecer por ato (conduta) próprio, como nos casos de calúnia, difamação e injúria, ou por ato de terceiros,

---

<sup>25</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2006, v. III, p. 24.

<sup>26</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2006, v. III, p. 27.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. 2. São Paulo: Atlas, 2008, p. 25.

<sup>28</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2006, v. III, p. 27.

<sup>29</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2006, v. III, p. 33.



como nos casos de danos causados por filhos, tutelados e curatelados, ficando responsáveis os pais, tutores e curadores.

#### 1.4.2 *Nexo de causalidade*

O conceito de nexo de causalidade não é uma criação jurídica, ele decorre das leis naturais. Nexo causal é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.<sup>30</sup>

Sobre o nexo causal, Venosa aponta que ele “é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.”<sup>31</sup>

O nexo de causalidade é elemento indispensável, em qualquer espécie de responsabilidade civil. É necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato.<sup>32</sup>

Ensejará indenização a conduta do agente que der causa ao dano, sendo que causa é antecedente necessário e adequado à produção do resultado.

Quando apenas uma causa gera o resultado dano, não há problema em definir o nexo de causalidade. Contudo, quando várias causas concorrem para o evento danoso, deve-se avaliar se há uma causa determinante para o resultado, sendo três teorias que tentam solucionar este problema: teoria da equivalência dos antecedentes causais (ou teoria da *conditio sine qua non*); teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta e imediata.

Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes causais, não há distinção entre causa e condição, se várias condições (ou causas) concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, a mesma relevância. Para determinar se a condição será causa ou não para o resultado, é preciso observar se sua eliminação não produziria o resultado.<sup>33</sup> Esta teoria não é utilizada na responsabilidade civil.

---

<sup>30</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67

<sup>31</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004 v. IV, p. 45.

<sup>32</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66

<sup>33</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 68

A teoria da causalidade adequada determina que causa é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais adequada a produzir o evento. A causa adequada será aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea para produzir o evento.<sup>34</sup>

Já segundo a teoria da causalidade direta e imediata, ocorre a interrupção do nexo causal toda vez que, devendo impor-se um resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verificasse pelo surgimento de uma circunstância outra que, com anterioridade, fosse aquela que acabasse por responder por esse mesmo resultado. Desta forma, para haver uma relação de nexo de causalidade, deve haver uma relação direta e imediata entre a causa e o dano, sendo que uma causa remota só ensejará a indenização quando ela for uma causa necessária e não existir outra que explique o mesmo dano.<sup>35</sup>

Alguns autores renomados, dentre eles Aguiar Dias e Cavalieri Filho, adotam a teoria da causalidade adequada como a utilizada no Código Civil brasileiro.<sup>36</sup>

Entretanto, outros afirmam que a teoria da causalidade direta ou imediata é a adotada, conforme Carlos Roberto Gonçalves ressalta:

Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária.<sup>37</sup>

Assim, como o artigo 403 do código civil dispõe que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito dela direto e imediato...” e grande parte da jurisprudência e doutrina acolhe a teoria da causalidade direta e imediata<sup>38</sup>, deve-se entender que esta teoria deve ser aplicada à responsabilidade civil.

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 69

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 523.

<sup>36</sup> São partidários da teoria da causalidade adequada, entre outros: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70; AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5. ed., vs. I e II. Rio de Janeiro: Forense, p. 314.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 524.

<sup>38</sup> São partidários da teoria da causalidade direta e imediata entre outros: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 524; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2006, v. III, p. 92 e TEPEDINO, Gustavo.

### 1.4.3 Dano

A existência do dano, seja patrimonial ou não, é indispensável para a configuração da responsabilidade civil, qualquer que seja sua espécie (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho, o dano pode ser conceituado “como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”<sup>39</sup>

Não são todos os tipos de danos que ensejam indenização, sendo que para o dano ser indenizável é necessário que ele preencha alguns requisitos: o dano deve violar um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou extrapatrimonial, de uma pessoa física ou jurídica; o dano deve ser certo, efetivo; e o dano deve subsistir, não podendo já ter sido reparado pelo lesionante.<sup>40</sup>

O dano pode ser dividido em material (ou patrimonial) e moral (ou extrapatrimonial). O dano moral será estudado mais profundamente neste trabalho, enquanto que o material não.

O dano material é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Este dano é suscetível de avaliação pecuniária e geralmente resulta da lesão de interesses patrimoniais, sendo que também pode resultar da lesão de interesses não-patrimoniais.<sup>41</sup>

O dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante. O dano emergente constitui na efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima em razão da lesão. Já o lucro cessante consiste na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro em decorrência da lesão experimentada pela vítima.<sup>42</sup>

---

**Notas sobre o Nexo de Causalidade.** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, jun 2001. v. 6.

<sup>39</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2006, v. III, p. 36.

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo:Saraiva, 2006, v. III, p. 38.

<sup>41</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 90

<sup>42</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91

Para definir o dano moral pode ser utilizado um conceito positivo ou negativo. Segundo o conceito negativo, dano moral seria todo o dano que não tem caráter patrimonial, é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Já excelente conceito positivo para o dano moral é apresentado por Cavalieri Filho:

Dano moral é a lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima.<sup>43</sup>

Sobre a prova do dano, é importante ressaltar que incube a vítima demonstrar que o dano ocorreu e qual foi sua extensão, sendo que na responsabilidade contratual o dano é presumido e para provar o dano moral somente é preciso demonstrar a ocorrência do ato ilícito.

#### 1.4.4 Culpa

Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo.<sup>44</sup>

A culpa tem dois sentidos: amplo (*latu sensu*), abrangendo o dolo e a culpa, e em estrito (*strictu sensu*), abrangendo somente a culpa. Sobre estes dois sentidos, Gagliano e Pamplona Filho observam:

A culpa (em sentido amplo), deriva da inobservância de um dever de conduta, previamente imposto pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, atuou o agente com dolo, se decorrente de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.<sup>45</sup>

A culpa, em sentido amplo, tem como elementos a voluntariedade do comportamento do agente causador do dano, a previsibilidade do dano e a violação de um dever de cuidado.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 475.

<sup>45</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 123

<sup>46</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 126.

O dolo pode ser direto, quando houver uma vontade conscientemente do agente dirigida à produção de um resultado ilícito ou eventual; ou indireto, quando houver uma previsão do resultado e o agente assume o risco de produzi-lo.

Em sentido estrito, a culpa pode ocorrer por três maneiras: imprudência, que é falta de cuidado por uma conduta comissiva; negligência, que é a falta de cuidado por uma conduta omissiva; e imperícia, que é falta de habilidade no exercício de atividade técnica. Em todas as possibilidades da culpa em sentido estrito, o agente não pretende atingir o resultado.

A culpa é um dos elementos da responsabilidade subjetiva, prevista no artigo 927 do Código Civil, onde está determinado: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, sendo que o artigo 186 define os casos em que se comete um ato ilícito: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

São definidos graus para a culpa, podendo ela ser grave, leve ou levíssima. Contudo, não importa o grau da culpa para determinados casos da responsabilidade civil, pois o Código Civil prevê que “a indenização se mede pela extensão do dano” em seu artigo 944. Assim, provado o dano, deve ele ser ressarcido integralmente pelo seu causador, tenha agido com dolo, culpa grave ou mesmo levíssima.<sup>47</sup>

Contudo, há um entendimento jurisprudencial de que a indenização pecuniária não tem apenas cunho de reparação do prejuízo, mas também caráter punitivo, pedagógico, preventivo e repressor, sendo que especificamente no caso dos danos morais com função punitiva, que são objeto de estudo deste trabalho, o juiz deixa-se levar pela intensidade da culpa para fixar a retribuição pecuniária.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 476.

<sup>48</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004 v. IV.

## 2. DANO MORAL

Os danos morais, ou danos extrapatrimoniais, são aqueles que não refletem no patrimônio material da vítima, mas atingem seus direitos da personalidade, devendo esta ser compensada pelo padecimento sofrido, geralmente por meio de uma quantia pecuniária.

No Brasil, muito foi debatido a respeito da possibilidade ou não da reparação dos danos morais, visto que eles não suportam uma perda econômica para a vítima. Porém, após a Constituição Federal de 1988, que expressamente previu sua compensação, este tema perdeu sua importância, fazendo com que a doutrina e a jurisprudência se voltassem ao estudo de outras questões que dizem respeito aos danos extrapatrimoniais como: situações de cabimento, valoração, quantificação e funções.

Dentre as questões que geram divergências na doutrina e jurisprudência, este trabalho irá tratar sobre os critérios utilizados para a quantificação dos danos morais. Posteriormente, no capítulo 3, serão abordadas as funções utilizadas para fundamentar a aplicação dos danos extrapatrimoniais, além da indenização punitiva.

### 2.1 Breve histórico do dano moral no Brasil

Prevaleceu no Direito brasileiro, num primeiro momento, a tese proibitiva da ressarcibilidade do dano moral, admitindo-a somente em hipóteses especiais expressamente previstas no Código Civil ou em leis extravagantes.<sup>49</sup>

O Código Civil de 1916 previa algumas hipóteses de reparação do dano moral, como nos arts. 1538, 1547, 1548 e 1550, mas, em quase todos os casos, o valor era prefixado e calculado com base na multa criminal prevista para a hipótese. Ademais, não havia uma disposição genérica que admitia o dano moral.<sup>50</sup>

Já o Código Civil de 2002, oriundo de projeto elaborado antes da Constituição Federal de 1988, prevê a reparação do dano moral, de maneira genérica, ao se

---

<sup>49</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 108.

<sup>50</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: 2010, Saraiva, p. 393.

referir, no art. 186, ao ato ilícito: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito.”

Enfim, foi com a Constituição Federal de 1988 que houve o fim da resistência à reparação do dano moral. Estipulando a possibilidade à indenização por danos morais dentro dos direitos e garantias fundamentais, em seu Art. 5º, nos incisos V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano material, moral** ou à imagem” e X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o **direito à indenização pelo dano material ou moral** decorrente de sua violação”.

Vale lembrar que, antes da Constituição Federal de 1988, foram criadas leis especiais regulando especificamente sobre o dano moral, de maneira setorial, dentre as quais se podem citar o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117 de 1962); o Código Eleitoral (Lei 4.737 de 1965); a Lei de Imprensa (Lei 5.250 de 1967); Lei dos direitos Autorais (Lei 5.988 de 1973).<sup>51</sup>

Já após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram elaborados o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990), contendo dispositivos específicos sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais.

## 2.2 Conceito de dano moral

Como já foi apontado anteriormente, para definir o dano moral pode ser utilizado um conceito positivo ou negativo. Segundo o conceito negativo, dano moral seria todo o dano que não tem caráter patrimonial, é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária<sup>52</sup>. Já excelente conceito positivo para o dano moral é apresentado por Cavalieri Filho:

Dano moral é a lesão de um bem integrante da personalidade; violação de bem personalíssimo, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade

---

<sup>51</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 107.

<sup>52</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94

psicológica, causando dor, vexame, sofrimento, desconforto e humilhação à vítima.<sup>53</sup>

Gonçalves também aponta um conceito negativo e depois um positivo de dano moral, para melhor compreensão:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.<sup>54</sup>

O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.<sup>55</sup>

Maria Helena Diniz traz um conceito bem sintético: “O dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica (CC, art.52; Súmula 227 do STJ), provocada pelo fato lesivo.”<sup>56</sup>

Já Gagliano e Pamplona Filho afirmam que o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. É o dano que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.<sup>57</sup>

Caio Mário considera o dano moral como “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições, etc...”.<sup>58</sup>

Para Antônio Jeová Santos, “o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94

<sup>54</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: 2010, Saraiva, p. 377.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: 2010, Saraiva, p. 377.

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 90.

<sup>57</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III, p. 97.

<sup>58</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 54.



desfavorável, aquela dor profunda que causa alterações do estado anímico, aí está o início da busca do dano moral”.<sup>59</sup>

Na lição de Wilson Melo, o dano moral é definido “como lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”<sup>60</sup>.

Apesar das pequenas diferenças apresentadas pelos conceitos, a partir da análise destes pode-se apontar um elemento comum a todos: o dano moral nunca constitui uma perda pecuniária, a lesão tem um caráter não patrimonial.

Alguns exemplos de danos morais são destacados por Américo Luís da Silva:

[...] envolvem danos morais, por exemplo, as lesões a direitos políticos, a direitos personalíssimos ou inerentes à personalidade humana (como o direito à vida, à liberdade, à honra, ao nome, à liberdade de consciência ou de palavra), a direitos de família (resultantes da qualidade de esposo, de pai ou de parente), causadores de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos seus possíveis reflexos no campo econômico.<sup>61</sup>

Contudo, há situações em que o dano moral reflete no patrimônio, como no caso do profundo padecimento moral de um pai sofrido com a morte de seu filho, que o torna impossibilitado para trabalhar por um período de tempo. Ademais, o Código Civil oferece muitos exemplos de prejuízos morais que, em última instância, não passam de danos morais presumidos, como no caso do art. 953 e seu parágrafo único, que trata da indenização por injúria, calúnia ou difamação, que são de ordem moral, mas influem no patrimônio do lesado.<sup>62</sup>

Então, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois o prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 94.

<sup>60</sup> SILVA, Wilson Melo da. **O Dano e sua Reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 1.

<sup>61</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 37.

<sup>62</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 247.

<sup>63</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 92.

O dano moral pode ser direto ou indireto. Ele é direto quando consiste na lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa. Já o dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima.<sup>64</sup>

Por fim, deve-se lembrar que não é qualquer dissabor ou contrariedade que caracterizara o dano moral. Na vida moderna há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia a dia. Desta forma, alguns contemporâneos transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade.<sup>65</sup>

Neste sentido, ensina Maria Helena Diniz: “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse juridicamente.”<sup>66</sup>

Então, o dano moral não reflete no patrimônio material da vítima, mas atinge seus direitos de personalidade, ensejando que o ofensor a compense pelo padecimento moral sofrido, desde que o dano não fique caracterizado como mero aborrecimento.

### 2.3 Reparação do dano moral

Hoje não se discute mais sobre a possibilidade da reparação ou não do dano moral, pois, como já foi abordado, a própria Constituição Federal de 1988 a prevê em seu Art. 5º, incisos V e X. Desta forma, neste tópico apenas serão tratadas as formas de reparação do dano moral, que, conforme Américo Luís, pode ser feita através da liquidação legal, da reparação convencional ou da reparação judicial.<sup>67</sup>

Em primeiro lugar, a reparação deve seguir a modalidade da liquidação legal, isto é, seguindo-se a forma de reparação delimitada na própria lei. Geralmente ali

---

<sup>64</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 94.

<sup>65</sup> MELO, Nehemias Domingos de. Por uma Nova Teoria de Reparação por Danos Morais. **Revista Síntese de direito Civil e Processual Civil**. Brasília, v. 6, n.33, jan./fev. 2005, p. 193.

<sup>66</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 93.

<sup>67</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 383.

encontram estabelecidos os elementos constitutivos da reparação, onde pode ser realizada a reparação natural, quando possível, ou a pecuniária na falta desta.

A reparação convencional do dano moral ocorre quando é determinado o montante da indenização através de uma composição amigável, ou seja, no propósito de evitarem um litígio, as partes interessadas harmonizam seus interesses mediante uma transação. Neste caso, a correspondência entre o dano e a reparação verifica-se subjetivamente, onde se presume a satisfação do ofendido com o valor ajustado.

Já a reparação judicial do dano moral tem lugar quando as partes interessadas não chegam a um acordo em relação ao montante da indenização. Em tais casos deve-se recorrer ao arbitramento judicial para tornar líquida a reparação.<sup>68</sup>

É importante ressaltar que há outras formas de compensar o lesado, além da reparação em dinheiro, como a retratação e a divulgação imediata da resposta ou a publicação gratuita de sentença condenatória nas ofensas à honra veiculadas pela imprensa, que são formas da reparação natural.<sup>69</sup>

Por fim, destaca-se que a reparação dos danos morais deve ser feita de uma só vez, pois não se destina a servir de alimentos, mas corresponde a uma compensação<sup>70</sup>, conforme orienta o Superior Tribunal de Justiça: “A indenização por danos morais deve ser paga de uma só vez, preferencialmente, e não em forma de pensionamento.”<sup>71</sup>

## 2.4 Quantificação do dano moral

O dano moral, diferentemente do dano material, não possui um equivalente em dinheiro. Sua reparação não tem o condão de refazer o patrimônio da vítima, mas objetiva dar uma compensação que lhe é devida, para minimizar os efeitos da lesão sofrida.<sup>72</sup>

Para quantificar o dano moral podem ser utilizados dois modos, a tarificação e o arbitramento. No Direito brasileiro há exemplos de utilização dos dois, mas predomina a utilização do arbitramento, conforme as palavras de Gonçalves: “não tem aplicação, em nosso

---

<sup>68</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 383.

<sup>69</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 576.

<sup>70</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 271.

<sup>71</sup> REsp. n.º 403.904/TO, da 4.ª Turma, j. em 02.05.2002, DJU de 12.08.2002.

<sup>72</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 382.

país, o critério da tarificação, pelo qual o quantum das indenizações é prefixado. Predomina entre nós o critério do arbitramento pelo juiz.”<sup>73</sup>

#### 2.4.1 Tarificação

Na tarificação, os valores pagos de acordo com cada tipo de dano sofrido são prefixados. Assim, podem ser preestabelecidos valores máximos e mínimos (ou um valor fixo) que devem ser obedecidos pelo julgador no momento de decidir o valor da reparação do dano sofrido.

No nosso direito já se buscou a tarificação dos danos morais com a Lei de Imprensa, fixando pisos máximos para o pagamento de certas infrações. Porém, esta lei só deveria servir de parâmetro, balizando o raciocínio judicial, mas não deveria ser utilizada em todos os casos, deixando a vítima sem o adequado ressarcimento. Neste sentido, o STJ criou a Súmula 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa.”<sup>74</sup>

Hoje, o que ocorre mais próximo à tarificação é a definição de quantias para determinados tipos de indenizações pelo Superior Tribunal de Justiça. Um exemplo é o caso de morte dentro de escola, cujo valor de punição aplicado é de 300 salários mínimos: Quando a ação por dano moral é movida contra um ente público, cabe às turmas de Direito Público do STJ o julgamento do recurso. Seguindo o entendimento da 2ª Seção, a 2ª Turma vem fixando o valor de indenizações no limite de 300 salários mínimos. Foi o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial 860.705, relatado pela ministra Eliana Calmon. O recurso era dos pais que, entre outros pontos, tentavam aumentar o dano moral de R\$ 15 mil para 500 salários mínimos em razão da morte do filho ocorrida dentro da escola, por um disparo de arma. A 2ª Turma fixou o dano, a ser ressarcido pelo Distrito Federal, seguindo o teto padronizado pelos ministros.<sup>75</sup>

Entretanto, vale lembrar que a Constituição Federal “não prevê nenhuma tabela ou tarificação a ser observada pelo juiz”<sup>76</sup>, não estando os juízes presos aos valores

---

<sup>73</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: 2010, Saraiva, p. 397.

<sup>74</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 102.

<sup>75</sup> STJ define valor de indenizações por danos morais. Texto disponível no sítio <http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>. Acessado no dia 10/10/2009

<sup>76</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 570.

estabelecidos pelo STJ. Assim, não podem ser exigidos que os limites à reparação por danos morais sejam cumpridos sempre, devendo ser observadas as condições particulares de cada caso.

#### *2.4.2 Arbitramento*

O modo realmente utilizado no Direito brasileiro para quantificar os danos morais é o arbitramento, que está previsto no art. 946 do Código Civil: “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.” De acordo com a lei processual, leva-se a termo a liquidação por arbitramento e por artigos (arts. 475-C e 475 do CPC).

Através do arbitramento, o juiz, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente, dos parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, bem como das regras da experiência, analisa as diversas circunstâncias fáticas e fixa a indenização adequada aos valores da causa.<sup>77</sup>

Dentre os diplomas legais que ofereciam critérios para determinar o valor dos danos morais, destaca-se a Lei de Imprensa (Lei n. 5259/67), que em seu artigo 53 traz critérios para justificar a decisão dos juízes:

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

Porém, vale lembrar que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, conforme foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 571

<sup>78</sup> ADPF 130, Origem: Distrito Federal, Relator: Min. Ayres Britto, Argte: Partido Democrático Trabalhista-PDT.

Ademais, para auxiliar na quantificação dos danos morais, em determinados casos os juízes podem utilizar peritos para o arbitramento da indenização, como no caso de dano à imagem.<sup>79</sup>

Porém, apesar de todas estas orientações, o arbitramento apresenta problemas, pois “não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz”<sup>80</sup>. Ademais, há uma discrepância nas indenizações aplicadas pelos Tribunais, como salienta Carlos Frederico Medeiros:

Sem embargo da flagrante dificuldade envolvendo o arbitramento em comento, quer pela natureza do bem, quer pela subjetividade dos caracteres a serem considerados, o que se erige alarmante são as indenizações depreendidas dos julgados dos tribunais, estaduais e federais – distintas para casos semelhantes e similares para aqueles incontroversamente incompatíveis. Não obstante o controle dos valores pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>81</sup>

Então, o arbitramento é o melhor modo de quantificar os danos morais, mas como há discrepâncias entre diversos julgados, existe uma preocupação em estabelecer uma uniformidade nas decisões. Assim, alguns critérios utilizados pela doutrina e jurisprudência para atingir este objetivo serão abordados no próximo tópico.

## 2.5 Critérios para o arbitramento do dano moral

Como não há no ordenamento jurídico brasileiro critérios objetivos suficientes para orientar a quantificação dos danos morais no arbitramento, os juízes se utilizam da doutrina e jurisprudência para orientar suas decisões, buscando uma maior homogeneidade nas indenizações.

Conforme Gonçalves, os principais fatores a serem considerados na quantificação dos danos morais são:

- a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;
- b) a intensidade do seu sofrimento;
- c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito;
- d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;
- e) a gravidade e a repercussão da ofensa;

<sup>79</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 570.

<sup>80</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: 2010, Saraiva, p. 398.

<sup>81</sup> MEDEIROS, Carlos Frederico Maroja de & BACELAR, Leonardo Duque. Necessárias Críticas aos Critérios para a Fixação do Quantum na Indenizações por Danos Morais. **Revista Jurídica Consulex**, ano X, nº 225, 31 de maio de 2006, p. 65.

f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva.<sup>82</sup>

Maria Helena Diniz expõe vários critérios a serem observados pelos juízes para orientá-los:

- a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarifação, porque este requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atender às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. A perda da chance deve ser avaliada pelo magistrado segundo o maior ou menor grau de probabilidade de sua existência...;
- h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
- i) verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944), como também as posses econômicas do ofensor para que não haja descumprimento da reparação, nem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo...;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade do seu sofrimento, seus princípios religiosos sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso sub judice (LICC, art. 5), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 577.

<sup>83</sup> DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII, p. 104.

Já segundo Américo, depois de observada a realidade econômica do ofensor (elemento fundamental), para fixar o valor da indenização da reparação por dano moral deve-se tomar por consideração os seguintes elementos:

- I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;
- II – a intensidade do dolo ou o grau da culpa do ofensor-responsável e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em causas das quais decorreram danos morais (reincidência);
- III – a reparação natural quando cabível e não cumulável com a reparação pecuniária, independentemente de intervenção judicial;
- IV – a extensão da reparação natural obtida pelo ofendido, quando cumulável com a reparação pecuniária (reparação in natura como elemento que reduz os valores devidos na reparação pecuniária).<sup>84</sup>

Como pode ser observado, existem critérios comuns apontados pelos doutrinadores, sendo que eles também são utilizados pela jurisprudência. Dentre os critérios para a quantificação dos danos morais, alguns serão destacados devido sua grande utilização pelos Tribunais.

Um critério sempre levado em conta pelo Superior Tribunal de Justiça é a condição econômica do ofensor e da vítima, conforme demonstra o trecho abaixo:

O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito.<sup>85</sup>

Vale lembrar que o fato da vítima ter poucas condições financeiras não é suficiente para alegar o enriquecimento ilícito, como no caso em que o recorrente buscou reduzir a indenização porque as vítimas trabalham como porteiros, devendo também ser observada a capacidade do ofensor e as condições do dano:

- 3. O recorrente alega violação do art. 944 do CC, porque, com base na capacidade econômica das vítimas, que são porteiros, os valores arbitrados configuram verdadeiro enriquecimento ilícito.
- 4. Não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à

<sup>84</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 386.

<sup>85</sup> REsp. n.º 401.058/PB, da 4.ª Turma, j. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJU de 16.03.2009.



mingua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano...<sup>86</sup>

Diferentemente do dano material, em que a indenização é medida pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, no caso do dano moral, o grau de culpa é levado em consideração, juntamente com a gravidade, a extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. Também, a culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor.<sup>87</sup>

A concorrência de culpas é um critério que pode ser utilizado para diminuir o valor da indenização. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar caso de atropelamento do qual não decorreram danos materiais e danos morais estéticos, reconheceu a concorrência de culpas como causa suficiente à redução do valor indenizatório pela metade, afirmando: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com o autor do dano.”

Ademais, ressaltou o julgado que “a indenização deve ser proporcional ao grau de culpa das partes envolvidas, procurando reparar o dano de forma integral, para quem dele não participou, e de forma concorrente, em caso de participação de ambas as partes. Em outras palavras, se a vítima concorreu para o evento danoso, tal circunstância deverá ser considerada. E, no caso dos danos morais, isso se dá na quantificação do seu valor.”<sup>88 89</sup>

A intensidade do sofrimento percebido pela vítima também é um importante critério. Em um julgado, o STJ utilizou-se deste argumento para conferir ao marido indenização menor em relação aos filhos no caso da morte de esposa e mãe: “certamente poderá (o marido) reconstruir sua vida, o que deve ser levado em conta para estabelecer a indenização. Quanto aos filhos, com 3 e 10 anos, sofreram um abalo imensurável e de impossível compensação, já que a mãe é única e insubstituível.”<sup>90</sup>

Um fato que também pode ser utilizado como critério de valoração é o tempo decorrido entre o fato que gerou o dano e o ajuizamento da ação. A dor não se prolonga indefinidamente no tempo, sendo que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido

<sup>86</sup> REsp. n.º 700.889/PB, da 2.ª Turma, j. Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 06.03.2008.

<sup>87</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva, p. 572.

<sup>88</sup> REsp. n.º 284.499/RS, da 4.ª Turma, j. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 28.11.00. No mesmo sentido: I TACSP – Ap. 1.009.210-3, de 31.7.01 e I TACSP – Ap. 934.457-2, de 11.1.01.

<sup>89</sup> CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63.

<sup>90</sup> REsp. n.º 299.836/RJ, da 4.ª Turma, j. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, DJU de 6.09.01.

abrandar o valor da indenização por este motivo: “O decurso de mais de 17 anos entre o fato e o ajuizamento da ação é fator a ponderar na fixação do *quantum* indenizatório.”<sup>91</sup>

Portanto, apesar da legislação brasileira trazer poucos critérios para orientar o julgador no momento do arbitramento dos danos morais, a doutrina e a jurisprudência preenchem este espaço de maneira satisfatória, cabendo ao juiz embasar da melhor maneira sua decisão de acordo com todos os elementos que tem à sua disposição, não se orientando apenas com o texto da lei.

---

<sup>91</sup> REsp. n.º 153.155/SP, da 4.ª Turma, j. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, DJU de 16.03.1998.

### 3 FUNÇÕES DO DANO MORAL E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Conforme exposto neste trabalho, o grande problema na reparação dos danos morais é o fato de não ser possível estabelecer uma exata equivalência entre o dano e sua respectiva reparação. Desta forma, para se fundamentar e estabelecer o *quantum* indenizatório, a jurisprudência e a maioria dos doutrinadores<sup>92</sup> consideram que o dano moral tem duas funções: a compensatória e a punitiva.

Ademais, alguns autores também destacam a função preventiva (ou pedagógica, ou inibitória), que pode ser entendida como uma extensão da função punitiva, pois ao saber da possibilidade de uma sanção pela prática de um ato ilícito, as pessoas da sociedade evitam praticar o ato danoso.

#### 3.1 Função compensatória

A sanção do dano moral não se resolve por uma indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e de suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Então, a reparação do dano moral é feita através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.<sup>93</sup>

A função compensatória é caracterizada como um meio de satisfação da vítima em razão da privação ou violação de seus direitos de personalidade. Nesse caso, o sistema jurídico considera a repercussão do ato ilícito em relação à vítima.<sup>94</sup> O dano moral serve para compensar a extensão do dano sofrido pela vítima, não sendo condição necessária para a configuração do dano moral a demonstração da dor. Sobre a finalidade compensatória o professor Héctor Valverde ressalta:

<sup>92</sup> São partidários da dupla função do dano moral, entre outros: CASTILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998; LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 1999; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, mar. 1999; CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

<sup>93</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 44.

<sup>94</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 189.

A finalidade compensatória do dano moral não significa o pagamento da dor, sofrimento, aflição, preocupação, desgosto experimentados pela vítima do ato ilícito. O dinheiro na reparação do dano moral serve como meio de compensar ou proporcionar uma satisfação à vítima. A finalidade da resposta do sistema jurídico pela violação dos direitos de personalidade é um instrumental de atenuação da dor, sofrimento aflição, preocupação, desgosto ou qualquer outra alteração negativa nas esferas social, física ou anímica do lesado.<sup>95</sup>

Vale ressaltar que a reparação do dano moral não busca substituir o dano por seu equivalente em dinheiro, senão dar à vítima um meio adequado para fazer desaparecer ou, pelo menos, para neutralizar ou, sequer seja, atenuar seus efeitos.<sup>96</sup>

### 3.2 Função preventiva

Já a função preventiva é entendida como uma medida de desestímulo e intimidação do ofensor, mas com o inequívoco propósito de alcançar todos integrantes da coletividade, alertando-os e desestimulando-os da prática de semelhantes ilicitudes.<sup>97</sup> A função preventiva é inerente a reparação do dano moral, pois o sistema jurídico deve estar voltado para a prevenção do ato ilícito.<sup>98</sup> A finalidade da função preventiva é:

É finalidade que se dirige a todos integrantes da sociedade juridicamente organizada, e não especificamente ao agente causador do dano. Considera-se como aspecto intimidativo e desestimulador de futuras violações de direitos de personalidade, em que se busca evitar condutas semelhantes de outros integrantes da coletividade. É por meio de imposição de eventual sanção pecuniária que certamente muitos integrantes da sociedade não se sentem estimulados a atingir os valores imateriais de seus semelhantes.<sup>99</sup>

No mesmo sentido, Carlos Edison do Rêgo lembra que o valor da condenação por danos morais deve, igualmente, servir de desestímulo a repetições de atos do gênero; cumpre função pedagógica não somente em relação ao próprio ofensor como também a toda coletividade, que se torna sabedora das consequências de eventual violação das normas, podendo adequar sua conduta aos objetivos do ordenamento.<sup>100</sup>

Discordando do exposto, Clayton Reis sustenta que a punição não tem o condão de reeducar o ofensor, pois após pagar a indenização ele esquecerá seu ato, sendo,

<sup>95</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 191.

<sup>96</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p.62.

<sup>97</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 189

<sup>98</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 197.

<sup>99</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 197.

<sup>100</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 153-154.

portanto, imperativa uma mudança cultural para que haja o respeito ao dever-ser.<sup>101</sup> Porém, é claro que a não punição ao ofensor proporcionaria a ocorrência de mais ilícitos, principalmente daqueles que observam o custo-benefício de obedecer ou não a lei.

Por fim, vale lembrar que a função preventiva é realizada por intermédio da função punitiva, visto que a possibilidade de punição irá desestimular que alguém cometa um ato ilícito. Por isso, alguns nomeiam a função punitiva como função punitiva-educativa ou punitiva-pedagógica.

### 3.3 Função punitiva

Por fim, a função punitiva, que é tema central deste trabalho, é aquela em que o sistema jurídico responde ao agente causador do dano, sancionando-o com o dever de reparar a ofensa imaterial com parte de seu patrimônio.<sup>102</sup> O seu enfoque é quanto à pessoa do ofensor, ou seja, é mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a específica preocupação com a pessoa da vítima, que, por seu lado, tem a atenção devida da finalidade compensatória.<sup>103</sup>

Conforme Carlos Edison do Rêgo, esta função avalia o grau de culpa, ou a intensidade do dolo para fixar uma indenização proporcional ao prejuízo e que leve em consideração a capacidade econômica do ofensor.<sup>104</sup> Desta forma, as condições particulares do ofensor devem ser observadas para definir um *quantum* indenizatório que realmente sirva para puni-lo, respondendo aos anseios da sociedade e desestimulando a prática de atos ilícitos.

Caio Mário salienta a importância da função punitiva nos danos morais:

“Na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas; I – punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial: II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris* (Atribuição de preço à dor), porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido no fato de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 162.

<sup>102</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 189.

<sup>103</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 193.

<sup>104</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 153-154.

<sup>105</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 317.

Neste mesmo sentido, Cavalieri Filho afirma que: “a indenização por dano moral não deve apenas ter a função compensatória, mas deve ter uma função punitiva para não estimular a irresponsabilidade e a impunidade”.<sup>106</sup>

Entretanto, parte da doutrina, da qual são adeptos Clayton Reis e Humberto Theodoro Júnior, defende que esta função é privativa da responsabilidade penal, pois só ela teria legitimidade para aplicar uma pena. Para tanto, orientam-se no princípio da legalidade, o qual ensina que: não há crime e nem pena sem lei, e no princípio do *ne bis in idem*, sob o argumento de que haveria dupla punição pelo mesmo fato, no direito penal e no civil.<sup>107</sup>

Tal posição se mostra equivocada quando se observa no próprio ordenamento jurídico brasileiro possibilidades de sanções em áreas diferentes da penal: como a civil e a administrativa. Como exemplo há o Código Civil, que prevê inúmeras penalidades com caráter aflitivo pela desobediência a um comando seu, como nos artigos 408<sup>108</sup> e seguintes.

No Brasil, quando em diversos acórdãos e sentenças judiciais, é recomendado que na fixação do dano moral, o juiz se atenha à situação particular da vítima e à condição pessoal do ofensor, está-se diante da função punitiva do dano.<sup>109</sup> Isto é, caso a indenização não seja percebida pelo patrimônio da vítima e do ofensor, haverá uma sensação de impunidade, que se busca evitar com a função punitiva.

Vale lembrar que nem todos os comportamentos causadores de dano moral são passíveis de punição, sendo que somente aqueles particularmente reprováveis dão ensejo à sanção dessa natureza.

### 3.4 *Punitive damages* (Indenização punitiva)

Apesar da confusão feita, a função punitiva do dano moral se diferencia dos *punitive damages*, instituto utilizado no sistema *Common Law* do Direito norte-americano, que vem sendo adaptado para o Brasil por alguns doutrinadores e operadores do Direito. Os

<sup>106</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

<sup>107</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 33.

<sup>108</sup> Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

<sup>109</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 161.

*punitive damages* também possuem a função de punir e desestimular o ofensor, mas não abarcam todas as possibilidades de aplicação da função punitiva aos danos morais.

Assim, os *punitive damages* têm a função de punir, mas não constituem na função punitiva. É possível ocorrer uma indenização por danos morais, com a finalidade de punir o ofensor, sem utilizar-se o instituto dos *punitive damages* (o que é observado no Direito brasileiro). Porém, quando os *punitive damages* são aplicados, sempre há a função de punir o ofensor.

Como exemplo, existem casos (alguns serão abordados no item 3.7 deste trabalho) em que o valor da indenização aplicada observa as condições do ofensor, buscando efetivamente puni-lo e desestimulá-lo, mas não importa em quantia separada e muito superior dos danos estritamente compensatórios, sem gerar um enriquecimento sem causa da vítima. Já no caso da aplicação dos *punitive damages*, é atribuído ao ofensor um *quantum* indenizatório muito superior ao dano percebido, sem o fim de compensar a vítima, mas apenas de punir e desestimular o ofensor.

No Brasil, os *punitive damages* utilizados são geralmente tratados como indenização punitiva, danos punitivos, teoria do valor do desestímulo ou caráter punitivo (com um sentido mais restrito). Neste trabalho, os *punitive damages*, adaptados ao Direito brasileiro, serão tratados como indenização punitiva.

Os *punitive damages* (danos punitivos) consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição e prevenção pela exemplaridade da punição opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages* (danos compensatórios), que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.<sup>110</sup>

Eles constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria. Por

---

<sup>110</sup> MARTINS-COSTA, Judith, Usos e Abusos da Função Punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, março de 2005, p. 16.

consequente, ficam de fora do âmbito dos *punitive damages*, as condutas lesivas decorrentes de ignorância, culpa simples ou engano.<sup>111</sup>

O escopo principal dos *punitive damages* não é a reparação da lesão experimentada pela vítima, mas sim uma punição exemplar ao sujeito de direito que atenta contra o sistema jurídico, sendo que nesse particular visa-se à tutela da coletividade.<sup>112</sup>

Acerca deste instituto, são as palavras do Ministro convocado Carlos Fernando Mathias:

"*Punitive damages*" (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.

Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as "*punitive damages*" como a "teoria do valor do desestímulo" posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção.<sup>113</sup>

A essência dos *punitive damages* está em reprimir a reincidência de condutas lesivas à coletividade, porém "beneficiando" a parte lesada que ingressou em juízo pleiteando a referida indenização.

Apesar de se espelhar nos *punitive damages*, a indenização punitiva aplicada no Brasil dele se diferencia em forma e substância. No Brasil, destaca-se o caráter punitivo como fator de desestímulo por meio da imposição de um valor suficiente a servir como uma efetiva punição ao agente lesante, a ponto de demovê-lo de novas práticas lesivas da mesma espécie ou diversa, já nos Estados Unidos fica realçado o caráter vingativo da punição aplicada.<sup>114</sup>

Nos Estados Unidos, a análise do cabimento e a quantificação dos *punitive damages* são tarefas atribuídas aos júris populares, formados por cidadãos em regra leigos em ciências jurídicas. Já no Brasil, a tarefa da análise do cabimento e da quantificação do valor

---

<sup>111</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista De Direito Renovar**, n.37, jan. / abr. 2007, p. 109.

<sup>112</sup> SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009, p. 196.

<sup>113</sup> REsp 401.358/PB, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª região), 4ª Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 16/03/2009.

<sup>114</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547&p=1>. Acessado no dia 20/10/2009.



indenizatório é reservada aos Juízes de Direito, Desembargadores dos Tribunais e Ministros das altas Cortes.<sup>115</sup>

Nos Estados Unidos, o montante global das condenações a título de *punitive damages* tende a concentrar-se sobre as seguradoras, pois lá vigora uma arraigada cultura do seguro e do resseguro. Já no Brasil, inexistindo ainda a cultura do seguro, as indenizações por danos morais em regra são efetivamente suportadas pelo próprio causador do dano, de forma que o caráter punitivo e desestimulador, aqui, funciona com muito mais eficácia, pulverizando-se entre os agentes lesionadores e incidindo diretamente sobre suas finanças.<sup>116</sup>

### 3.4.1 Critérios para a aplicação da indenização punitiva

A indenização por danos morais pode ser elevada e ir além da extensão do dano, porque o magistrado considerará que, diante do dolo ou da culpa grave, ou da recidiva permanente, deve aplicar quantia mais elevada com aquele intuito sancionador.<sup>117</sup> Nestes casos, alguns critérios devem ser utilizados para quantificar o valor da reparação.

Segundo Antônio Jeová dos Santos, a indenização com caráter exemplar e punitivo observa, sobretudo, o seguinte: a) a gravidade da falta; b) a situação econômica do ofensor; c) os benefícios obtidos ou almejados com o ilícito; d) a posição de mercado ou de maior poder do ofensor; e) o caráter anti-social da conduta; f) a finalidade dissuasiva futura perseguida; g) a atitude ulterior do ofensor; h) o número e nível de empregados comprometidos com a grave conduta reprovável; i) os sentimentos feridos da vítima.<sup>118</sup>

Andrade defende que a operação realizada para a fixação do quantum correspondente à indenização punitiva deve ser feita separadamente da realizada para a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano.<sup>119</sup> Além disso, considerações outras ligadas exclusivamente à compensação da vítima do dano moral devem ser afastadas, sob pena de se estar contaminando o processo de quantificação da indenização punitiva com critérios a ela estranhos e que poderiam redundar em um ilegítimo *bis in idem*.

<sup>115</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547&p=1>. Acessado no dia 20/10/2009.

<sup>116</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. O caráter punitivo das indenizações por danos morais...

<sup>117</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 160.

<sup>118</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 160.

<sup>119</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista De Direito Renovar**, n.37, jan. / abr. 2007, p. 127.

Para o mesmo autor, na determinação da indenização punitiva apresentam relevância as seguintes circunstâncias, dentre outras: o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, a situação econômica do ofensor, o lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito pelo agente.<sup>120</sup>

Já no Direito Comparado, alguns critérios também são utilizados a fim de controlar a incidência dos *punitive damages*, para que a aplicação deste instituto não se torne banalizada. Explicam Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler acerca dos requisitos elencados:

- I. O grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced na indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente;
- II. A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*;
- III. A diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes;

Assim, não são todos os tipos de danos que ensejam a aplicação de uma indenização punitiva, devendo ser demonstrado principalmente se houve dolo ou culpa grave do ofensor para aplicá-la. Os danos materiais e os danos morais ocasionados por culpa leve ou responsabilidade objetiva não são passíveis deste tipo de indenização, salvo em alguns casos onde ofensores obtêm um enriquecimento ilícito por causa deles.

### 3.4.2 Argumentos contra a indenização punitiva

A função punitiva dos danos morais é amplamente aceita no Direito pátrio, sendo que a maioria dos autores reconhece que o dano extrapatrimonial possui uma dupla função: compensar a vítima e punir o ofensor.<sup>121</sup> Além disso, diversos Tribunais citam a

<sup>120</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista De Direito Renovar**, n.37, jan. / abr. 2007, p. 124.

<sup>121</sup> São partidários da dupla função do dano moral, entre outros: CASTILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998; LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 1999; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 761, mar. 1999; CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

função punitiva como critério para calcular o valor da indenização por danos morais, como será observado no tópico 3.7 deste trabalho.

Porém, isto não pode ser dito a respeito da indenização punitiva, que encontra forte resistência. Entre os principais problemas apontados pelos opositores da indenização punitiva estão: não haver no ordenamento brasileiro qualquer legislação que expressamente a acolha; a punição é matéria eminentemente criminal; e a indenização punitiva geraria um enriquecimento sem causa da vítima.

Vale ressaltar que, em menor escala, estas críticas também se aplicam à função punitiva do dano moral. Lembrando que pouca oposição é feita à consideração da função punitiva para a mensuração dos danos morais, quando são observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando-se um enriquecimento sem causa da vítima.

#### **3.4.2.1 A indenização não pode ser pena**

A indenização punitiva não seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro porque, significando uma verdadeira pena imposta ao responsável pelo dano, toma feições de sanção criminal, no que estaria sendo vulnerado o primado constitucional de que não se pode aplicar pena sem prévia cominação legal, como estaria a exigir o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, e aduzindo-se, sob outra ótica, que assim fazendo, estariam os juízes cíveis usurpando competência exclusiva dos juízes criminais.

Sobre este argumento, Jeová dos Santos ressalta que: “muito embora vozes abalizadas se oponham à indenização que tenha caráter penal, não se pode afastar de todo que no montante indenizatório do dano moral, deve o juiz estipular certa quantia como fator dissuasivo da prática de novos atos.”<sup>122</sup> Ademais, ele não considera a indenização punitiva como pena civil, sendo que a parte punitiva integrante da quantia da indenização servirá como alerta ao ofensor e terá caráter pedagógico, para que não mais incorra no mesmo erro.<sup>123</sup>

Já Osny Oliveira Júnior, observa que o primado da necessária prévia cominação de pena imposta pela Constituição Federal dirige-se apenas ao Direito Criminal. No campo da responsabilidade civil o comando punitivo vigora de forma diversa, pois há um

---

<sup>122</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 157.

<sup>123</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 158.

preceito genérico punitivo contido no artigo 927<sup>124</sup> do novo Código Civil, sem necessidade de enumeração das hipóteses de fato e de direito hábeis a ensejar a obrigação de indenizar.<sup>125</sup>

Além disso, a punição não é matéria eminentemente criminal, basta observar que o próprio Código Civil prevê inúmeras penalidades, sanções propriamente, com caráter afliitivo pela desobediência a um seu comando, como nos artigos 408 e seguintes.<sup>126</sup>

### 3.4.2.2 A indenização punitiva não está prevista em lei

Argumenta-se que a indenização punitiva não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, não havendo qualquer menção expressa que possibilite sua aplicação no caso de danos morais.

Sobre o fato do caráter punitivo não estar previsto expressamente no nosso ordenamento, Osny Oliveira Júnior lembra que a Constituição Federal não restringe a indenização à mera compensação pelos danos morais sofridos, e menos ainda cuida ou sob qualquer ângulo delimita a quantificação das indenizações, mas apenas trata da qualificação de certos fatos que, abstratamente, são tidos como aptos a ensejar a obrigação de indenizar.<sup>127</sup> Assim, o caráter punitivo estaria implícito, pois seu objetivo principal é o desestímulo da reiteração da prática de atos lesivos.

Ademais, segundo o Juiz André Gustavo Corrêa de Andrade, a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica no princípio constitucional da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Além disso, a aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição.

A indenização punitiva surgiria como medida necessária para a efetiva proteção destes princípios, pois eles são mandados de otimização, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível”. Com efeito, não é possível, em

---

<sup>124</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, ( arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>125</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547&p=1> . Acessado no dia 20/10/2009.

<sup>126</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547&p=1> . Acessado no dia 20/10/2009.

<sup>127</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais...**

certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.<sup>128</sup>

### 3.4.2.3 Enriquecimento sem causa da vítima

Não poderia ser aplicada uma indenização punitiva porque “a indenização mede-se pela extensão do dano”, conforme dispõe o art. 944 do Código Civil. Assim, haveria um enriquecimento sem causa da vítima, vedado pelo art. 844<sup>129</sup> do Código Civil, quando ela receber uma indenização maior do que o valor necessário para compensar o dano.

Primeiro, o art. 944 se aplica aos danos materiais, os danos morais não estão restritos à compensação do dano, visto que a maior parte da doutrina e jurisprudência reconhece a função punitiva dos danos extrapatrimoniais.

Já sobre o fato de poder haver um enriquecimento sem causa da vítima, Antônio Jeová dos Santos lembra que, guardada a razoabilidade e proporcionalidade, deve ser aceita a indenização punitiva para impedir que o ofensor lucre com o ato ilícito, sem se preocupar em cumprir a lei:

Ante o dilema entre danos lucrativos e culpas lucrativas, nos inclinamos contra estas últimas, que são mais negativas, porque estão cimentadas na causação de um prejuízo que não foi merecido e que é rentável para o ofensor.

(...)

Força é aceitar que essas grandes e fabulosas empresas somente guardam algum receito quanto ao bom nome que querem ostentar, quando têm a razão social vinculada a dano ao meio ambiente e ao consumidor. Do contrário, continuarão atuando em detrimento do patrimônio imaterial das pessoas. Por isso, é necessário que o Direito brasileiro dote o operador jurídico de meios necessários para amenizar o sofrimento da vítima e dissuadir potenciais ofensores da dignidade humana de prosseguirem no intento de causar dano extrapatrimonial.<sup>130</sup>

A indenização compensatória, conquanto tenha aptidão para consolar ou compensar a vítima, não se preocupa em eliminar a possível vantagem obtida pelo ofensor com

<sup>128</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista De Direito Renovar**, n.37, jan. / abr. 2007, p. 115.

<sup>129</sup> Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

<sup>130</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 158.

a prática do ato ilícito, o que transforma alguns atos lesivos em um “bom negócio” do ponto de vista econômico. Já a indenização punitiva, ao impedir o lucro do ofensor com a lesão, recupera, para a responsabilidade civil, a noção de eticidade.<sup>131</sup>

### **3. 5 Formas alternativas de desestimular o ofensor a praticar ilícitos**

A indenização punitiva não é a única forma de desestimular os ofensores, principalmente empresas, a continuarem praticando atos ilícitos. O nosso ordenamento jurídico já prevê a possibilidade de que os abusos praticados em desacordo à legislação consumerista tenham a sua penalização convertida em favor da sociedade.

Assim é a Lei 7.347/85, com as suas posteriores alterações, que trata acerca da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, dentre outros direitos lá tutelados.<sup>132</sup> De acordo com esta Lei, é assegurada uma penalização para o caso de prejuízos cuja dimensão é transindividual, como no caso dos danos aos consumidores em sentido amplo.

Caso o ofensor seja condenado, a indenização aplicada com o intuito de punir e desestimular beneficiará toda sociedade, não somente uma pessoa lesada, não ocorrendo o enriquecimento sem causa, o principal problema da indenização punitiva. Consoante dispõe o art. 13 da referida Lei:

Art. 13 - Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Um problema da ação civil pública é que somente as entidades elencadas no art. 5º da referida Lei<sup>133</sup> são legitimadas a pleitear indenizações em caso de haver prejuízos de cunho ambiental, consumerista, etc. Desta forma, o cidadão comum depende da movimentação

---

<sup>131</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista De Direito Renovar**, n.37, jan. / abr. 2007, p. 121

<sup>132</sup> Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

<sup>133</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

de terceiros para ter seus direitos devidamente resguardados. Enquanto isto, em determinados casos, empresas continuam reiterando práticas abusivas, sem que o Poder Judiciário disponha de ferramentas efetivas para desestimulá-las.

Assim, uma forma de se desestimular a prática de atos danosos, principalmente por empresas que não cumprem a lei porque é menos oneroso se adequar às normas do que pagar as eventuais indenizações, seria a adição de um valor extra na indenização para determinados casos, como defende Nehemias Domingos de Melo:

Em face deste trinômio e tendo em vista o caráter da efetividade da condenação por danos morais, defendemos que, na fixação do *quantum*, o juiz além de ponderar os aspectos contidos no binômio punitivo-compensatório, poderia adicionar outro componente, qual seja, um *plus* que servisse como advertência de que a sociedade não aceita aquele comportamento lesivo e o reprime, de tal sorte a melhor mensurar os valores a serem impostos como condenação aos infratores por danos morais.<sup>134</sup>

De forma que, para evitar-se o chamado enriquecimento sem causa, esse *plus* advindo da condenação não seria destinado à vítima, mas sim, a um fundo judiciário que, por exemplo, poderia utilizar os recursos para a modernização do poder judiciário.<sup>135</sup>

Então, a criação de uma Lei que proporcionasse ao julgador a possibilidade de aplicar indenizações maiores separadas da reparação compensatória, com o objetivo apenas de punir o ofensor e sem transferir este valor para a vítima, seria uma forma de contornar as objeções à aplicação da indenização punitiva e conseguir desestimular a prática de atos lesivos.

### 3.6 Projetos de Lei que abordam a função punitiva

A fim de sanar dúvidas quanto à função punitiva do dano moral e critérios para sua valoração, alguns Projetos de Lei tramitam no Senado Federal e na Câmara dos Deputados. Alguns destes serão destacados neste trabalho.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 413/2007<sup>136</sup>, de autoria do Senador Renato Casagrande, acrescenta ao art. 944 o §2º, para incluir a previsão das funções

<sup>134</sup> MELO, Nehemias Domingos de. Por uma Nova Teoria de Reparação por Danos Morais. **Revista Síntese de direito Civil e Processual Civil**. Brasília, v. 6, n.33, jan./fev. 2005, p. 197.

<sup>135</sup> MELO, Nehemias Domingos de. Por uma Nova Teoria de Reparação por Danos Morais. **Revista Síntese de direito Civil e Processual Civil**. Brasília, v. 6, n.33, jan./fev. 2005, p. 197.

<sup>136</sup> O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O Art. 944, da Lei nº. 10.406, de 2002, passa a vigorar acrescido do parágrafo segundo, renumerando-se o atual parágrafo único para parágrafo primeiro, nos seguintes termos:

“Art. 944.....

compensatória, preventiva e punitiva da indenização, nos seguintes termos: “A indenização atenderá às funções compensatória, preventiva e punitiva”.

O Senador realizou tal projeto com o intuito de explicitar as diferentes “dimensões funcionais da indenização”, principalmente a função punitiva. Ele argumentou que, “a clarificação legal da hipótese de função indenizatória punitiva é desejável na perspectiva da segurança jurídica, permitindo previsibilidade semântico-textual da norma”, além de citar doutrinas e jurisprudências favoráveis à sua proposição.

O Projeto obteve um parecer favorável do Relator, Senador Marco Maciel, que votou pela sua aprovação, mas com as alterações produzidas pela Emenda nº1<sup>137</sup>, de autoria da Senadora Lúcia Vânia, de forma que o parágrafo adicionado seria aplicado apenas às indenizações por danos morais e a função preventiva seria substituída pela função educativa, que é mais ampla. A função educativa traz em seu conteúdo o caráter preventivo e apresenta-se com o único objetivo de coibir a reincidência do causador do dano, através de sua reeducação por medidas judiciais coercitivas.

Atualmente, o projeto foi retirado de pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e encontra-se com o Relator Senador Marco Maciel para reexame do relatório.

Tramitam em conjunto os PLS's números 114<sup>138</sup> e 334, de 2008, de autoria dos Senadores Lobão Filho e Valter Pereira respectivamente, que também tratam da função punitiva dos danos morais, mas são contrários à sua aplicação.

§1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

§ 2º A indenização atenderá às funções compensatória, preventiva e punitiva.”

Art.2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

<sup>137</sup> Dê-se à ementa do PLS nº 413, de 2007, a seguinte redação:

“Acrescenta parágrafo ao art. 944 da Lei nº 10.406, de 2002 – Código Civil, para incluir a previsão das funções compensatória, educativa e punitiva da indenização por danos morais.”

<sup>138</sup> O Congresso Nacional decreta:

Art.1º - O art. 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 944. O juiz, ao estabelecer a indenização por danos morais, atenderá aos seguintes critérios:

I- Extensão e a gravidade do dano;

II- Gravidade e repercussão da ofensa;

III- Sofrimento experimentado pelo ofendido;

IV- Condição econômica do ofensor;

V- se o valor pleiteado se ajusta a situação posta em julgamento.

§ 1º Fica vedada qualquer indenização superior ao valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

§ 2º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”



O PLS 114 foi elaborado com a finalidade de impedir que decisões exorbitantes sejam proferidas, como as que utilizam um valor maior que a lesão para desestimular o ofensor. O projeto, portanto, veda que a indenização por danos morais ultrapasse a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e estabelece que o juiz atenda aos seguintes critérios para estabelecer seu valor: extensão e gravidade do dano, gravidade e repercussão da ofensa, sofrimento experimentado pelo ofensor, e se o valor pleiteado se ajusta a situação posta em julgamento.

Porém, tal proposição é falha ao excluir do art. 944 a possibilidade da indenização por danos materiais. Ademais, o estabelecimento de um limite para compensação dos danos morais é totalmente descabível, de forma que a Constituição não fixa um limite para este tipo de indenização e o STJ já se pronunciou de maneira contrária à limitação no caso da Lei de Imprensa.

Já o PLS 334 baseou-se no anteprojeto de autoria da professora Mirna Ciani, autora da obra “O valor da reparação moral”, com o intuito de regular a indenização por danos morais, estabelecendo critérios para sua quantificação e parâmetros para cada tipo de indenização, com valores mínimos e máximos.

O Senador é contrário à aplicação da função punitiva do dano moral, sendo que o art. 3º de seu projeto assim dispõe: “ressalvada da hipótese de reparação natural tempestiva e suficiente, a indenização a que se refere o art. 1º tem caráter exclusivamente compensatório.” Assim, o dano moral teria apenas o intuito de compensar a vítima.

Atualmente, os dois projetos encontram-se prontos para entrar na pauta da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Porém, eles receberam parecer negativo do Senador Álvaro Dias que, para embasar sua decisão, levou em conta principalmente a impossibilidade de limitar a indenização dos danos morais, o que ocorreu nos dois projetos.

Por fim, é favorável à função punitiva o Projeto de Lei nº 276/2007, de autoria do Deputado Léo Alcântara, que acrescenta ao art. 944 o §2º, nos seguintes termos: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Para justificar sua alteração, o deputado contou com a ajuda da professora Regina Beatriz Tavares da Silva, que assim observou: “seu dispositivo se adapta apenas ao dano material e não está adequado ao dano moral, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante, seria um montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo”.

Entretanto, houve rejeição da proposta pelo Parecer de Vicente Arruda, nestes termos: “a doutrina define o dano moral de várias formas. Todas definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não patrimoniais ou não econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: ‘adequado desestímulo ao lesante’. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão.”

Atualmente, o Projeto encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde foi designado seu Relator, o Deputado Regis de Oliveira. Ainda não há uma manifestação sobre o Projeto por parte do Relator.

Concluindo, algumas proposições já foram realizadas com o intuito de sanar as dúvidas quanto à aplicação da função punitiva na indenização por danos morais e estabelecer mais critérios para os juízes embasarem suas decisões. Porém, a grande divergência de opiniões e a demora do Congresso Nacional para votar seus projetos impossibilitaram que, até o momento, alguma legislação relacionada ao tema sanasse este problema.

Enquanto isto, cabem aos Tribunais decidir se a função punitiva se aplicada à indenização por dano moral, quanto ela influência na sua valoração e qual sua extensão. Fato que será observado no próximo tópico deste trabalho.

### 3.7 Casos em que a função punitiva é reconhecida pelos Tribunais

Nesta parte do trabalho, foi feita uma pesquisa de acórdãos e decisões que tratam de “critérios para quantificação dos danos morais”, “função punitiva”, “*punitive damages*”, “indenização punitiva” “punição” e “caráter punitivo/pedagógico”. Os principais Tribunais consultados foram o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Nos casos de relação de consumo, a função punitiva é constantemente considerada para a quantificação dos danos morais. Como exemplo, tem-se o caso recente onde foi mantida a indenização de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a ser paga por empresa de telefonia que utilizou indevidamente os dados pessoais do ofendido para instalação de linha telefônica em endereço que ele não residia, resultando um débito pela utilização do serviço que ensejou sua inscrição em órgãos de proteção ao crédito. Na ementa, os desembargadores assim fundamentaram sua decisão:

O arbitramento do valor da indenização reparadora do dano moral sofrido deve ser ponderável, razoável e justo. Para tanto, há que levar em conta a gravidade da conduta ofensiva; **deve servir de punição exemplar ao ofensor, na tentativa de evitar a reiteração da conduta irregular, sem, contudo, lhe afetar exageradamente o patrimônio econômico-financeiro;** levando em conta a capacidade econômico-financeira da parte ofensora; e, por último, **ater-se às condições pessoais do ofendido, sem, todavia, levá-la ao enriquecimento sem causa.** (negritei) <sup>139</sup>

Neste caso, além de compensar a vítima, a indenização buscou fazer com que a empresa de telefonia se sentisse punida para, assim, melhorar a segurança quando for registrar novas linhas telefônicas, evitando que situações análogas se repitam.

Ademais, é possível observar que na presente ação não foi utilizada a indenização punitiva, que consiste na soma em dinheiro conferida à vítima em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, com a finalidade de punir e prevenir.<sup>140</sup> Porém, foi considerada a função punitiva, observando que o patrimônio do ofensor não fosse exageradamente afetado e não ocorresse um enriquecimento sem causa da vítima.

<sup>139</sup> 20050610120434APC, Relator Demetrius Gomes Cavalcanti, 2ª Turma Cível do TJDF, julgado em 19/05/2010, DJ 02/06/2010 p. 21.

<sup>140</sup> MARTINS-COSTA, Judith, Usos e Abusos da Função Punitiva. **Revista CEJ**. Brasília, n. 28, março de 2005, p. 16.

Julgado interessante ocorreu na 13ª Turma Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde a indenização, a título de danos morais, devida por causa da inscrição do nome da vítima em órgãos de proteção ao crédito por dívida não contraída por ela foi reduzida de R\$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ARBITRAGEM - SATISFAÇÃO DA VÍTIMA - IMPACTO NOS CAUSADORES DO MAL. O valor da indenização por DANOS MORAIS deve ser arbitrado, na justa medida do mal, **proporcionando à vítima satisfação e produzindo, nos causadores do mal, impacto suficiente para dissuadi-los de igual procedimento.**

(...)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COMINADA COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS. ANOTAÇÃO INDEVIDA NOS REGISTROS DE SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. QUANTUM. PARÂMETROS. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. - Declarada a inexistência da dívida que originou o ilícito apontamento do nome do autor nos serviços de proteção ao crédito, deve ser mantida a condenação à indenização por DANOS MORAIS.- A instituição de crédito que mantém sistemas inseguros para a contratação de financiamento facilita a fraude na utilização de dados de terceiro, devendo responder pela reparação do dano moral se da operação decorrer uma indevida inclusão nos registros dos órgãos de proteção ao crédito.- **De acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista o poderio econômico da instituição ré, a indenização deve ser arbitrada em valor que seja relevante na composição dos seus custos operacionais, de forma a conter efeitos PUNITIVOS, repressivos e dissuasórios, ao lado do seu caráter compensatório.** (negritei)<sup>141</sup>

Neste caso, o Relator teve seu voto parcialmente vencido, sendo que ele entendeu que o valor de R\$ 9.300,00 (nove mil e trezentos reais) deveria ser mantido, argumentando que “a doutrina moderna tem entendido que a reparação civil deve conter efeitos punitivos, repressivos, ao lado do seu caráter compensatório. É que além do ressarcimento, a ordem jurídica sanciona o ofensor, com o objetivo de inibir ou desestimular a repetição de situações semelhantes.” Ademais, ele afirmou que “na definição do valor da indenização do dano moral não há de se ater à aplicação do artigo 944 do Código Civil, que diz respeito apenas ao ressarcimento, que apenas um dos elementos a se levar em conta.”

Porém, o Revisor, que teve seu voto acompanhado pela Vogal, mesmo reconhecendo a função punitiva/compensatória do dano moral, entendeu que “a quantia de R\$

<sup>141</sup> 1.0027.08.157570-9/001APC, Relator Des. Luiz Carlos Gomes Da Mata, 13ª Câmara Cível do TJMG, julgado em 28/05/2010, DJ 02/07/2010.

5.000,00 (cinco mil reais) era suficiente para reparar o sofrimento vivido e a exteriorização do fato, em respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade.”

Neste acórdão, é possível observar que não existe oposição à função punitiva do dano moral, sendo que o mesmo não ocorreu com a aplicação da indenização punitiva. O Relator citou os efeitos punitivos do dano moral e a sanção ao ofensor para justificar um valor maior da indenização, o que pode ser compreendido como uma forma de utilização da indenização punitiva. Porém, o Revisor e a Vogal reduziram substancialmente a indenização, mesmo reconhecendo a função punitiva, o que demonstra a preocupação em não haver na indenização uma parcela referente apenas à sanção do ofensor.

Um caso em que realmente é observado o incremento da indenização por causa da conduta do ofensor é a reiteração do ato ilícito. Quando o ofensor repete a conduta pela qual foi sancionado, principalmente se for contra a mesma vítima, pode ocorrer a majoração da indenização. Como exemplo, existe a seguinte apelação julgada pelo TJDF:

CIVIL. CDC. CARTÃO DE CRÉDITO. DÉBITO QUITADO. INDEVIDA NEGATIVAÇÃO. CONDENAÇÃO A COMPENSAR DANO MORAL. NOVA NEGATIVAÇÃO PELO MESMO DÉBITO. **RECIDIVA QUE AUTORIZA NOVA CONDENAÇÃO E A MAJORAÇÃO DA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.**

1. Incide em grave falta e falha no serviço de molde a assumir a obrigação de compensar dano moral, a administradora de Cartão de Crédito que cobra fatura já quitada, é condenada a compor danos morais e, **não obstante a condenação, volta a insistir na cobrança indevida do débito e inclui, novamente, o nome do consumidor nos cadastros negativos dos órgãos de proteção ao crédito.**

2. No que se refere à fixação do quantum da compensação por danos morais, tem-se por justo o valor que **atende às finalidades compensatória, punitiva e preventiva ou pedagógica e aos princípios gerais da prudência, bom senso, proporcionalidade, razoabilidade e adequação**, tendo em conta as circunstâncias que envolveram o fato, as condições pessoais, econômicas e financeiras do ofendido, assim como o grau da ofensa moral. Deve-se atender, ainda, à preocupação de não se permitir que a reparação transforme-se em fonte de renda indevida, bem como não seja tão parcimoniosa que passe despercebida pela parte ofensora, consistindo, destarte, no necessário efeito pedagógico de evitar futuros e análogos fatos.

3. Recursos conhecidos e desprovido o recurso do banco e provido o recurso adesivo do consumidor. Sentença reformada em parte. (negritei) <sup>142</sup>

Nesta ação, o demandante era titular de cartão de crédito administrado pelo banco demandado e teve injustamente seu nome lançado no rol de inadimplentes. Em razão disso, ele ingressou com ação por danos morais, a qual foi julgada procedente para condenar o

<sup>142</sup> 20050110030200APC, Relator João Batista Teixeira, 4ª Turma Cível do TJDF, julgado em 22/04/2009, DJ 01/07/2009 p. 77

banco a pagar R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Porém, após o julgamento, o banco insistiu na cobrança da dívida inexistente e novamente inscreveu o nome do demandante nos órgãos de proteção ao crédito, o que deu ensejo a esse novo processo de indenização por danos morais, sendo estes majorados para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O banco e a vítima recorreram desta decisão, sendo que somente o recurso da segunda foi considerado procedente e a indenização foi majorada para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por maioria, votando neste sentido o Relator e o Vogal.

Para justificar seu voto, o Relator, Des. João Batista Teixeira, observou que “a anterior condenação do banco demandado não produziu o efeito pedagógico esperado, fato que justifica a majoração da verba compensatória dos danos morais.”

Já o Vogal, Des. Hector Valverde Santana, endossou a opinião do Relator, afirmando: “para que se cumpra a função punitiva à empresa que reiteradamente viola os direitos da personalidade sendo que o valor proposto efetivamente não compromete a atividade econômica, mas efetivamente é razoável, inclusive, para prevenir fatos semelhantes.”

Neste caso, fica evidente que a função punitiva do dano moral foi utilizada para chegar ao valor da indenização, que subiu de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) quando o banco foi condenado na primeira vez para R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) na segunda condenação, sendo que a conduta realizada por este foi a mesma.

Poder-se-ia dizer que o acréscimo de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) foi um espécie de indenização punitiva (só que aplicados de acordo com a realidade brasileira, sem ensejar um acréscimo exorbitante do patrimônio da vítima), pois ele apenas tinha o intuito de punir e desestimular o ofensor, sem caráter compensatório. Porém, o acórdão não faz qualquer menção à indenização punitiva ou aos *punitive damages*.

Já a aplicação da indenização punitiva com quantias elevadas, de forma similar ao direito norte-americano, encontra resistência na jurisdição brasileira. Como exemplo, tem-se um caso no Rio Grande do Sul, onde o autor ajuizou ação de indenização por danos morais, pois comprou um galão de água com uma mosca no seu interior, sendo que ele não consumiu o produto.

Na sentença, a Juíza inovou ao condenar a empresa ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), a título de “*punitive*

*damages*”, os quais seriam revertidos ao Conselho Municipal da Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes de Santa Rosa, mas o autor da ação não recebeu qualquer indenização.

O objetivo da Juíza era evitar o enriquecimento sem causa do autor e punir a empresa pelo vício no produto, a fim de desestimular a ocorrência de fatos semelhantes e estimular um melhor controle dos produtos por parte da empresa. Porém, a sentença foi reformada, como demonstra o acórdão que apreciou o caso:

**RESPONSABILIDADE CIVIL AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NULIDADE DE SENTENÇA.**

Sentença que ultrapassou os limites impostos pela parte autora com o manejo de sua petição inicial, infringindo ao que dispõe os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

**Aplicação dos *punitive damages* em desacordo com os preceitos estabelecidos pelo direito comparado.**

**PRESENÇA DE OBJETO ESTRANHO EM PRODUTO OFERTADO PELA RÉ. DANO MORAL. NÃO CABIMENTO.**

Demanda em que a parte autora pleiteia indenização por danos morais em decorrência da presença de corpo estranho em produto ofertado pela ré. Inexistência dos requisitos elencados para a configuração da responsabilidade civil.

Não configuração do dano moral, uma vez que a situação se caracteriza como mero dissabor ou aborrecimento na convivência do dia-a-dia.<sup>143</sup> (negritei)

Todos os desembargadores decidiram pela nulidade da sentença, que ultrapassou os limites do pedido, de maneira que a ré não teve que pagar qualquer indenização. Ademais, todos os desembargadores concordaram com a inaplicabilidade do *punitive damages* no caso em questão, sendo que o Relator assim justificou seu voto:

Não se desconhece das evoluções em matéria referente às relações de consumo, tendo inclusive apoio por este Julgador de questões que beneficiem a sociedade em geral, porém a sua aplicação deve ser concedida, in casu, quando expressamente postulado pela parte autora para que a condenação seja revertida à coletividade.

Todavia, não podemos por livre arbítrio desvirtuar as pretensões estabelecidas com a lide, sob pena de insegurança nas relações jurídicas.

(...)

Destarte, estou por afastar parte da sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais a título de *punitive damages*, por não encontrar guarida a decisão como lá fora estabelecido.

<sup>143</sup> 70027155902 APC, Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 10ª Câmara Cível do TJRS, julgado em 17/12/2009.

Outro caso em que o julgador em primeira instância utilizou os *punitives damages* para aplicar uma indenização com valor muito superior ao dano causado também ocorreu no Rio Grande do Sul, mas esta decisão novamente foi reformada pelo Tribunal do Estado:

APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. cadastramento indevido. DANO MORAL. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. **INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DO *PUNITIVE DAMAGES*, VIGENTE NO DIREITO NORTE-AMERICANO.** VALOR DA INDENIZAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA DO ARTIGO 475-J CPC.

1. A sentença não é fora do pedido – extra petita –, mas além do pedido – ultra petita -. O julgador de primeiro grau optou por aplicar o instituto do “*punitive damages*”, vigente no Direito Norte-Americano. **O caráter punitivo-pedagógico como um dos critérios aferidores do valor do dano moral não se confunde com o instituto do “*punitive damages*”, vigente, como dito, no Direito Norte-Americano mas não aqui, neste país.** Não é caso de nulidade, cabendo simplesmente a extirpação da parte excedente, qual seja, a condenação ao pagamento de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) ao FRPJ – Fundo de Reparelhamento do Poder Judiciário.<sup>144</sup> (negritei)

(...)

No acórdão, foi salientado que os *punitives damages* (ou indenização punitiva) não podem ser confundidos com a função punitiva dos danos morais, pois são institutos de outro país e não possuem previsão em nosso ordenamento. Assim, a condenação da ré ao pagamento de R\$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) ao FRPJ – Fundo de Reparelhamento do Poder Judiciário foi extirpada.

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a aplicação dos *punitive damages*, se mostrando contrário à aplicação irrestrita destes, conforme demonstra o acórdão abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONHECIMENTO. SUMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DO CPC. SÚMULA 211/STJ. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. HERDEIROS.LEGITIMIDADE. **QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.**

1. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico a fim de identificar a presença da similitude fática.

<sup>144</sup> 70030012827 APC, Relatora: DES.<sup>a</sup> Iris Helena Medeiros Nogueira, 9ª Câmara Cível DO TJRS, julgado em 24/07/2009.



2. Quanto à ilegitimidade passiva da recorrente, para se chegar a conclusão diversa da convicção firmada pela Corte a quo seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ.
3. Não deve ser conhecido o recurso no pertinente à violação ao art. 267 do CPC ante a ausência do necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ).
4. Tratando-se de feito ajuizado pelo espólio conjuntamente com os herdeiros, sendo evidente que o dano moral pleiteado pela família da falecida constitui direito pessoal deles, não por herança mas por direito próprio, carece de legitimidade, consequentemente, o espólio, para pleitear a indenização em nome próprio.
5. Cingindo-se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.
6. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.
7. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, **considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.**
8. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "*punitive damages*" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.
9. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.
10. In casu, o Tribunal a quo condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.
11. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, **a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00** (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.
12. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.(negritei)<sup>145</sup>

Neste evento, o STJ decidiu pela redução substancial da indenização de 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais) para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil e duzentos e cinquenta reais). Para justificar a redução, os Ministros arguíram estar

<sup>145</sup> REsp 913.131/BA, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 06/10/2008.

vedado no Direito brasileiro o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC), de forma que os *punitive damages* não podem ser aplicados no Brasil nos mesmos moldes dos Estados Unidos.

Porém, a função punitiva do dano moral não foi desconsiderada, pois ao afirmarem que a indenização deve servir “para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito”, está-se diante de uma das finalidades da função punitiva. Outros acórdãos deste mesmo Tribunal expressamente reconhecem a função punitiva dos danos morais:

PROCESSUAL CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - TORTURA COMETIDA POR POLICIAIS CIVIS.

1. Não incidência da Súmula 7/STJ a hipótese em comento, por não se tratar de reexame do contexto fático-probatório e sim de sua valoração.
2. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle **do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúlice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.**
3. Quantia de 200 (duzentos) salários-mínimos, fixada pela sentença e confirmada pelo Tribunal Estadual, que se apresenta razoável, diante da grave situação fática descrita nos autos, consubstanciada na tortura praticada por policiais civis.
4. Recurso especial improvido. <sup>146</sup>(negritei e sublinhei)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO PARCIAL. PRECLUSÃO DOS TEMAS DESACOLHIDOS NO AGRAVO. CIVIL. INDENIZAÇÃO. VINGANÇA. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. PARAPLEGIA. MOTIVO FÚTIL. **DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO.** CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MAJORAÇÃO. PENSÃO MENSAL. MAJORAÇÃO. DESPESAS COM ADVOGADOS PARA ACOMPANHAR AÇÃO PENAL CONTRA O AUTOR DOS DISPAROS. INDEFERIMENTO. TRATAMENTO NO EXTERIOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que o quantum contrarie a lei ou o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado, ou irrisório, distanciando-se das finalidades da lei. Na espécie, levando em consideração a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita exercida pelo réu 2º recorrente, de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau da agressão, a ausência de motivo e a **natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, mostrou-se insuficiente o valor fixado pelo Tribunal de origem a título de danos morais, a reclamar majoração.** <sup>147</sup>(negritei e sublinhei)

<sup>146</sup> REsp 487749/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 03/04/2003, DJ 12/05/2003 p. 298

<sup>147</sup> REsp 183508/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 05/02/2002, DJ 10/06/2002 p. 212, REPDJ 14/10/2002 p. 231. No mesmo sentido: REsp 341704 (2001/0101874-8 -18/02/2002); REsp 196424 (1998/0087739-8 - 28/05/2001); REsp 412644 (2002/0018722-7 - 17/06/2002) ; Resp 575023/RS 2003 - Eliana Calmon; Resp 389879/MG 2001 - Sávio Teixeira.

Após a análise destes acórdãos, ficou demonstrado o reconhecimento da função punitiva dos danos morais pelos Tribunais, que é utilizada para fundamentar e quantificar o valor da compensação.

Contudo, o reconhecimento, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo, enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes.<sup>148</sup>

Além disso, o ordenamento pátrio ainda oferece grande resistência à aplicação da indenização punitiva, de forma que a maioria das indenizações por danos morais com valores elevados, onde pode ser observado que uma parcela de seu valor tem finalidade estritamente de punir e desestimular o ofensor, são revisadas e diminuídas. Lembrando que, em determinadas ações, os *punitives damages* (ou a indenização punitiva) são citados para fundamentar a decisão e não se observa sua efetiva aplicação, mas somente da função punitiva, visto que o valor das indenizações não possui uma parcela muito superior ao valor compensatório.

Então, observa-se que vem ocorrendo no Direito brasileiro certa gradação do quantum pecuniário, sem que ocorra uma distorção como nas indenizações milionárias praticadas nos Estados Unidos, procurando que a indenização por danos morais tenha um valor suficiente para que o ofensor se sinta punido e desestimulado a cometer novos danos. O limite a ser observado é que seu montante jamais seja excessivo, a ponto de parecer que houve um indevido enriquecimento da vítima em detrimento do patrimônio do ofensor.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista De Direito Renovar**, n.37, jan. / abr. 2007, p. 113.

<sup>149</sup> SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 161.

## CONCLUSÃO

Este trabalho teve o objetivo de observar a aplicação da função punitiva e da indenização punitiva aos danos morais no caso do ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, constatou-se que a função punitiva é reconhecida pelos Tribunais deste país e utilizada para fundamentar o valor da indenização aplicada. Porém, a indenização punitiva não tem efetiva aplicação aqui, pois há uma grande preocupação dos Tribunais em evitar o enriquecimento sem causa da vítima e a formação da “indústria dos danos morais”.

Primeiro, sobre a responsabilidade civil, ficou demonstrado que ela pode derivar de um contrato previamente realizado entre as partes (contratual) ou da violação de um dever geral de agir ou não agir, que seria a prática do ato ilícito (extracontratual). O segundo tipo de responsabilidade interessou mais a esta pesquisa, pois ela trata dos casos de indenização por danos morais.

Ademais, foram verificados os pressupostos da responsabilidade civil, sendo sempre necessária a existência do dano (moral ou material) e do nexo de causalidade para haver o dever de indenizar. A culpa do agente infrator nem sempre é necessária, visto que no caso da responsabilidade objetiva não é necessário demonstrá-la.

Depois, procurou-se analisar o dano moral, para então poder tratar da função punitiva e da indenização punitiva. No momento de conceituar o dano moral, observou-se que todos os autores concordam que ele corresponde ao dano que reflete no patrimônio não material da vítima, mas causa a esta um padecimento que merece reparação.

Então, buscou-se estudar como quantificar este padecimento moral sofrido pela vítima, para tal, foram observadas duas formas: a tarifação e o arbitramento. Restou demonstrado que o arbitramento é o melhor meio utilizado para quantificar o dano moral, sendo ele o método utilizado pelo ordenamento brasileiro.

Porém, o arbitramento tem o problema de deixar a valoração dos danos morais ao livre convencimento do juiz, gerando indenizações discrepantes para danos semelhantes. Assim, os principais critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência com o

objetivo de valorar os danos morais de maneira razoável e proporcional foram elencados, dentre os quais se podem destacar: a condição econômica do ofensor e da vítima, a extensão do dano, o dolo ou a culpa grave do ofensor, a concorrência de culpas, a intensidade do sofrimento percebido pela vítima e o tempo decorrido entre a ação e o dano.

Por fim, o último capítulo tratou das funções compensatória, preventiva e punitiva do dano moral. A função compensatória consiste em um meio de satisfazer a vítima em razão da privação ou violação de seus direitos de personalidade, através de uma compensação (quase sempre monetária) pelo dano sofrido. Já a função preventiva consiste no desestímulo à prática de atos ilícitos por causa da possibilidade de haver uma indenização pecuniária.

A função punitiva teve um maior destaque porque ela não é amplamente aceita pela doutrina, além de também possuir o objetivo de desestimular a prática de novos atos ilícitos. Esta função observa as condições e a conduta do ofensor, para então determinar uma indenização que seja capaz de puni-lo e desestimulá-lo a praticar novos atos ilícitos.

Com base na opinião de vários doutrinadores e julgados, restou demonstrado que esta função é reconhecida pelo ordenamento brasileiro e considerada no momento de determinar o valor da indenização por danos morais. Além disso, vale lembrar que existem projetos de Lei, como o PLS 413/2007 e o PL 276/2007, que procuram reconhecer a função punitiva e adicioná-la expressamente à legislação brasileira, sanando qualquer dúvida quanto sua aplicação aos danos morais.

Ademais, a Constituição Federal não restringe a indenização à mera compensação pelos danos morais sofridos, e menos ainda cuida ou sob qualquer ângulo delimita a quantificação das indenizações, mas apenas trata da qualificação de certos fatos que, abstratamente, são tidos como aptos a ensejar a obrigação de indenizar.

Desta forma, danos que possuem a mesma extensão em relação à vítima podem gerar indenizações diferentes, não sendo aplicado aos danos morais o art. 944 do Código Civil. Como exemplo, existem casos em que a indenização é majorada considerando a condição econômica, o grau de culpa, a reincidência e o lucro com o ato ilícito do ofensor. Nestes casos, estamos diante da aplicação da função punitiva do dano moral, sendo ela limitada com o intuito de evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

Por outro lado, a indenização punitiva, que também possui a função de punir e desestimular o ofensor, mas não constitui na função punitiva, não possui muita aceitação no ordenamento brasileiro. Ela consiste na soma em dinheiro conferida à vítima em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, com a finalidade de punir e prevenir.

Entre os principais problemas para sua utilização encontram-se: a falta de previsão expressa em lei, o enriquecimento sem causa da vítima e o caráter de pena assumido pela indenização punitiva. Além disso, já existe a possibilidade de serem aplicadas indenizações expressivas aos infratores que assumem um comportamento social indesejado, no caso da Lei 7.347/85, que trata da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor.

Então, na análise dos acórdãos, ficou constatado que não ocorre a efetiva aplicação da indenização punitiva no ordenamento brasileiro. Até foram observadas sentenças inovadoras, onde o juiz de primeira instância aplicou indenizações elevadas ao infrator, a título de *punitive damages*. Porém, houve a reforma destas sentenças pelo Tribunal revisor, com o fundamento de que este instituto não se aplica ao Brasil.

Dos julgados analisados, o caso mais próximo da aplicação da indenização punitiva foi a reincidência da conduta ilícita contra a mesma vítima por parte do ofensor. Porém, o valor da indenização aplicada não foi tão expressivo, como nos moldes dos *punitive damages* do direito norte-americano, podendo ser entendido que este caso constituiu na aplicação mais extensa da função punitiva.

Concluindo, somente a função punitiva tem efetiva aplicação aos danos morais no Direito brasileiro. Contudo, a não aplicação da indenização punitiva não constitui um problema, visto que a função punitiva do dano moral é, na maioria dos casos, suficiente para evitar a sensação de impunidade por parte do ofensor, desestimulando que novas condutas ilícitas sejam realizadas por este ou outros membros da sociedade.

Porém, algumas vezes a função punitiva é citada na sentença e não se observa sua efetiva aplicação, sendo necessário que o julgador realmente observe as condições econômicas e a conduta do ofensor no momento de valorar a indenização.

Ademais, a função punitiva não é suficiente para coibir certas condutas ilícitas, como nos casos de recorrentes danos ao consumidor, pois para algumas empresas é mais lucrativo pagar algumas indenizações do que se adequar à Lei. Nestes casos, é necessário aplicar sanções cíveis com valores extremados que irão fazer com que estas empresas prefiram cumprir a Lei. Porém, a indenização por dano moral não é o meio certo para realizar este fim, tampouco a indenização punitiva, pois haveria um enriquecimento sem causa da vítima.

Desta forma, para solucionar problemas como este, a melhor maneira não é utilizar a indenização punitiva, inspirada em um instituto de outro país. O correto seria utilizar os meios dispostos na legislação brasileira, como a Lei 7.347/85, ou criar normas que permitam ao julgador aplicar maiores indenizações sem gerar um enriquecimento sem causa da outra parte, como a proposta de adicionar um valor extra à indenização em determinadas condutas socialmente condenáveis, que seria revertido a um determinado fundo, não à vítima.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5. ed., vs. I e II. Rio de Janeiro: Forense.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva : os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista de Direito Renovar**, n.37, jan. / abr. 2007, p. 107-136  
CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. 2. São Paulo: Atlas, 2008.

CIANCI, Mirna. **O Valor da Reparação Moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Da responsabilidade civil do estado por omissões**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2247>. Acessado no dia 17/06/2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, v. III.

GERMANO, Alberto. **Sentença em ação de dano moral não pode assumir caráter punitivo**. In [http://www.conjur.com.br/2008-jul-02/sentenca\\_acao\\_dano\\_moral\\_nao\\_carater\\_punitivo](http://www.conjur.com.br/2008-jul-02/sentenca_acao_dano_moral_nao_carater_punitivo). Acessado em 22/10/2009.



GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: 2010, Saraiva.

---

**Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: 2003, Saraiva.

MARTINS-COSTA, Judith, Usos e Abusos da Função Punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, março de 2005.

MEDEIROS, Carlos Frederico Maroja de & BACELAR, Leonardo Duque. Necessárias Críticas aos Critérios para a Fixação do Quantum na Indenizações por Danos Morais. **Revista Jurídica Consulex**, ano X, n<sup>o</sup> 225, 31 de maio de 2006.

MELO, Nehemias Domingos de. Por uma Nova Teoria de Reparação por Danos Morais. **Revista Síntese de direito Civil e Processual Civil**, Brasília, v. 6, n.33, jan./fev. 2005.  
OLIVEIRA JUNIOR, Osny Claro de. **O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro**. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3547&p=1> . Acessado no dia 20/10/2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTANA, Hector Valverde. **Dano Moral no direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

---

**O Dano moral e a sua Reparação Civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, Wilson Melo da. **O Dano e sua Reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

STJ define valor de indenizações por danos morais. In <http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>. Acessado em 10/10/2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o Nexo de Causalidade**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, jun 2001. v. 6.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004 v. IV.